Die Einigung bei der Besitz- und Eigentumsübertragung und ihr Verhältnis zum obligatorischen Grundgeschäft

(§ 139 BGB.).

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Walter Grabowski
Referendar in Breslau.

Breslau 1928.

Druck: Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, K.-G., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Bruck.

Meinen Eltern!

Inhaltsübersicht.

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Adloff, Die rechtliche Natur der Einigung im Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches unter Berücksichtigung ihrer Klagbarkeit. Rostocker Diss. 1910.

André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zu § 139 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Festschrift für Enneccerus, 1913.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. In Iherings Jahrbüchern 48, 101 ff.

Bach, Einigung nach § 854 Abs. 2 BGB. Heidelberger Diss. 1905.

Baum, Die Vertragsnatur der Einigung beim Sachenrechtserwerb. Breslauer Diss. 1910.

Baumbach, Zivilprozeßordnung. 3. Aufl., Berlin 1926.

Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. Tübingen 1922.

Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre. In den Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Bernhöft-Binder. 1. Heft. Leipzig 1902.

—, Zur Reform des Besitzrechts. In Iherings Jahrb., Band 30.

—, Der Besitz beweglicher Sachen. In Iherings Jahrb. 34, 1 ff.

Biermann, Sacherrecht. 3. Aufl., Berlin 1914.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1892. Bd. IV.

Bruck, Eberhard, Frd., Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Heft 13.

Bruck, Ernst, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Straßburger Diss. 1900.

Bruns, Viktor, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I und II. 8. Aufl. Jena 1924.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. III. Bd. Tübingen 1905.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes. Wien 1919. 16. Aufl.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht. Bd. III. Halle, 3. Aufl. 1904.
— Pandekten. Bd. I. 7. Aufl. 1902.
Ebbecke, Die Ungültigkeit in ihren verschiedenen Gestaltungen. Gruch. Beitr. 63, 177 ff.
Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht. Gruch. Beitr. Bd. 47.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin. Bd. I. 9. Aufl. 1903, Bd. II. 8. Aufl. 1905.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg. I, 1, 23./27. Aufl. 1927, II, 1, 22./26. Aufl. 1927.
— Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin. Marburg 1888/89.
Engel, Wird der Rechtsbestand des dinglichen Erfüllungsgeschäfts und des „Schuldversprechens" und „Schuldanerkenntnisses" durch ihr gegen § 138 BGB. verstoßendes rechtsgeschäftliches obligatorisches Kausalgeschäft beeinflußt? Marburger Diss. 1911.
Eltzbacher, Handlungsfähigkeit. Bd. I. Berlin 1903.
Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts. Berlin 1917.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. München 1927.
Förster, Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung. Recht 1903, S. 53 ff.
Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung. 3. Aufl. Berlin 1926.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. II. Leipzig 1905.
Glücksmann, Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 BGB. für den Erwerb von Besitz, Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen. Breslauer Diss. 1911.
Goldmann, Ludwig, Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren § 139 BGB. anwendbar? Gruch. Beitr. 56, 161 ff.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. II. Berlin 1912.
Grützmann, Das Grundbuch. In SächsArch. 8, 193 ff.
Güthe-Triebel, Grundbuchordnung. Bd. I. 4. Aufl. Berlin 1923.
Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 3./4. Aufl. Leipzig 1924.
Herwig, Die rechtliche Natur der Einigung im Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Marburger Diss. 1908.
Hugo, Lehrbuch der Pandekten. 3. Aufl. 1905.
Jacobi, Versprechen und Vertrag. IheringsJ. Bd. 35.
— Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. ArchZivPrax. 86, 51 ff.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 5. Aufl. Berlin 1916.

Jhering, Besitzwille. Jena 1889.
— Grund des Besitzschutzes. Jena 1869.
Kaufmann, Wirkt die Anfechtung des Kausalgeschäfts wegen Willensmangels auf die dingliche Einigung? JW. 1904, S. 349 f.
Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. München 1912.
Kohler, Vertrag und Uebergabe. ArchBürgR. 18, 1 ff.
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1906, Bd. II, 1919.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. II. 5. Aufl. Berlin 1923. I. 6. Aufl. Berlin 1928.
Leemhuis, Die Einigung im Grundbuchrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipziger Diss. 1908.
Lentschütz, Ist § 139 auch auf abstrakte Rechtsgeschäfte anwendbar? DJZ. 1908, S. 431 f.
Litten, Abstrakte Rechtsgeschäfte und Verkehrssicherheit. Festschrift für Zitelmann, 1923.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
— Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 5. Heft der Leonhardschen Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts.
Marcuse, Wirkung der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts auf das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft. GruchBeitr. 66, 159 ff.
Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung. Mannheim 1926.
Mertens, Die rechtliche Natur und die Bedeutung der Einigung im Grundbuchrecht. Leipziger Diss. 1907.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I und III.
Mügel, Bemerkungen zum Sachenrecht des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. GruchBeitr. 37, 337 ff.
Natter, Die teilweise Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (BGB. § 139). Tübinger Diss. 1907.
Neubecker, Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen. ArchBürgR. 22, 347 ff.
Neumann, Studien über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft. Festgabe für Wilke. 1900.
Nissen, Wirkt die Anfechtung des Kausalgeschäfts wegen Willensmangels auch auf die Einigung? JW. 1904, S. 348.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Berlin 1909. 4. Aufl.
Oertmann, Die Rechtsbedingung. Leipzig 1924.
— Kommentar zum Bürgerlichen Rechte. Bd. I. 3. Aufl. Berlin 1927.
Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag. Berliner Diss. 1904.

Pabst, Die Rechtsnatur der Einigung im Sachenrecht. Leipziger Diss. 1909.
Pernice, Labeo. Bd. I. Halle 1873.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. 4. Aufl. 1913. Bd. III. 4. Aufl. 1920.
Protokolle der Kommission für die 1. und 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Puchta, Cursus der Institutionen. Bd. 2. 9. Aufl. Leipzig 1881.
Regelsberger, Pandekten. Bd. I. Leipzig 1893.
— Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen? JheringsJ. 48, 453 ff.
Rosenberg, Sachenrecht. München 1918.
Salomon, Die Genehmigung im 1. Buche des BGB. in ihrer Beziehung zur Einigung des 3. Buches. Marburger Diss. 1903.
v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. III. Berlin 1840.
Schloßmann, Der Vertrag. Leipzig 1876.
Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts. Tübingen 1906.
Siber, Buchrechtsgeschäfte. Tübingen 1909.
Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 20. Heft.
Sohm, Institutionen. 13. Aufl. Leipzig 1908.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1926.
v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. 9. Aufl. 1925. Bd. III. 9. Aufl. 1926.
Staffel, Ein Beitrag zur Lehre vom dinglichen Vertrag. SächsArch. 9, 360 gg.
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung. Tübingen 1925. 12. Aufl.
Stephan, Besitzerwerb durch Einigung. Breslauer Diss. 1911.
Steyert, Der dingliche Vertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Straßburger Diss. 1905.
Strohal, Zum Besitzrechte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. JheringsJ. Bd. 31.
— Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. JheringsJ. Bd. 38.
— Rechtsübertragung und Kausalgeschäft. JheringsJ. 27, 335 ff.
Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft? Erlanger Diss. 1903. ArchBürgR. Bd. 26.

Trapp, Der dingliche Vertrag und seine Stellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erlanger Diss. 1909.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig. I. 1910; II, 1 1914; II, 2 1918.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. Paderborn 1906.
Vangerow, Pandekten. I. Bd. 7. Aufl. Marburg 1863.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Tübingen 1923.
Windscheid, Die Voraussetzung. ArchZivPrax. 78, 161 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Wienstein, Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Recht. GruchBeitr. 48, 477 ff.
Wolff, Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos abgeschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf die Rechtsänderung? GruchBeitr. 47, 26.
Zitelmann, Uebereignungsgeschäft und Eigentumserwerb von Bestandteilen. JheringsJ. 70, 1 ff.
— Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.
— Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1889 (S. 30).

Einleitung.

An zahlreichen Stellen des Sachenrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch begegnet man den Begriffen „Einigung" und „Einigsein".

Durch Einigung des bisherigen Besitzers und Erwerbers wird Besitz an einer Sache erworben, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (§ 854 Abs. 2 BGB.).

Die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles ist — neben der Eintragung der Rechtsänderung ins Grundbuch — erforderlich zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung des Grundstücks mit einem Recht, sowie zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechts (§ 873 Abs. 1 BGB.).

Endlich ist — neben der Uebergabe bezw. einem an ihre Stelle tretenden Ersatz — zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache sowie zur Belastung dieser mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht notwendig, daß der Berechtigte und der andere Teil über die Rechtsänderung einig sind (§§ 929, 1032, 1205 BGB.).

Das häufige Vorkommen der Begriffe „Einigung" und „Einigsein" im 3. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches macht es erklärlich, daß sie immer wieder Anlaß zu wissenschaftlichem Streit geboten haben.

Im Laufe dieser Abhandlung soll daher zunächst die Rechtsnatur der Begriffe „Einigung" und „Einigsein" untersucht und weiter die Frage erörtert werden, ob das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft mit dem obligatorischen Grundgeschäft zu einem Gesamtgeschäft im Sinne des § 139 BGB. verbunden werden kann.

I.

Ist die sachenrechtliche Einigung ein Vertrag?

§ 1.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts und des Vertrages.

Bestritten ist, ob die sachenrechtliche Einigung[1] schon für sich allein oder erst in Verbindung mit anderen Faktoren, z. B. der Uebergabe, ein Vertrag ist.

Aus der Stellung der Vorschriften über Verträge innerhalb des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist ersichtlich, daß der Vertrag als eine Unterabteilung des Rechtsgeschäfts zu betrachten ist. Das führt zweckmäßig zunächst zu einer Untersuchung des Grundbegriffs des Rechtsgeschäfts.

Der Begriff „Rechtsgeschäft" war dem römischen Recht fremd. Es bezeichnete zwar die einzelnen Rechtsgeschäftsarten, hat aber „niemals den allgemeinsten, abstraktesten Begriff des Rechtsgeschäftes als einer auf die Hervorbringung rechtlicher Veränderungen in der Verkehrswelt gerichteten Willensäußerung aufgestellt".[2]

Noch am nächsten kommt dem heutigen Rechtsgeschäftsbegriff das „negotium" der Römer, doch ist es teils enger — Schenkungen waren keine negotia —, teils weiter — auch prozessualische Handlungen wurden negotia genannt — als der heutige Rechtsgeschäftsbegriff.[3]

Der Ausdruck „Rechtsgeschäft" entstammt der gemeinrechtlichen Wissenschaft und wird zuerst von Hugo gebraucht.[4] Aber weder hat Hugo mit dieser Bezeichnung einen fest umrissenen, noch einen unserem heutigen Rechtsgeschäftsbegriff ähnlichen Begriff verbunden, vielmehr benutzte er ihn „nur als gleichbedeutend mit „juristi-

1) Zwar spricht das BGB. in den §§ 929 Satz 1, 1032 und 1205 nicht von Einigung, sondern vom Einigsein. Da jedoch auch das Einigsein auf einer vorangegangenen Einigung beruht, soll im Rahmen dieser Abhandlung der Einfachheit halber nur der Ausdruck „Einigung" verwandt werden. Ob im übrigen die sprachliche Unterscheidung auch von rechtlicher Bedeutung ist, wird noch zu prüfen sein.

2) Pernice S. 403.

3) Pernice S. 403 f; Regelsberger § 135 Anm. 1, S. 488; Sohm, Institutionen § 40 und Anm. 1 S. 230 f.

4) Zit. bei Schloßmann § 17 S. 131 f und bei Manigk S. 30 (Willenserklärung)

scher Handlung" im allgemeinen und als dasselbe wie die römischen „negotia", die er ausdrücklich in Parallele stellt".[5]

Der Schöpfer des modernen Rechtsgeschäftsbegriffs ist Savigny. Seine Definition lautet:[6] „Unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften sind diejenigen juristischen Tatsachen zu verstehen, die nicht nur freie Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist".

Als Kennzeichen dieser Begriffsprägung ergeben sich danach:

1) eine Willensäußerung, die
2) auf einen Rechtserfolg gerichtet sein muß.
3) Dagegen gehört das Eintreten der beabsichtigten Rechtswirkung nicht zum Begriff des Rechtsgeschäfts.

Während das Erfordernis einer Willensäußerung als selbstverständlich anerkannt wurde, entbrannte bezüglich der beiden letzten Punkte lebhaftester Streit. Es fehlte selbst nicht eine Ansicht, die den Begriff des Rechtsgeschäfts für „wissenschaftlich wertlos" und „scholastischen Ursprungs" erklärte,[7] und Brinz[8] stand der Aufstellung eines allgemeinen Rechtsgeschäftsbegriffs ablehnend gegenüber mit der Begründung, daß die einzelnen Arten der Rechtsgeschäfte von Grund aus zu verschieden wären, als daß für sie gemeinsame Grundsätze aufgestellt werden könnten. Demgegenüber bemerkte Dernburg[9]: „Bei aller Verschiedenheit im einzelnen besteht eine tiefgehende Gemeinsamkeit. Denn das Rechtsgeschäft ist allgemein das Instrument der privatrechtlichen Selbstbestimmung. Daher sind auch den Rechtsgeschäften wichtige Grundsätze bezüglich der Handlungsfähigkeit, des Willens und seiner Erklärung sowie die Anfechtung gemeinsam".

Ohne den Kampf um den Rechtsgeschäftsbegriff im einzelnen zu verfolgen, wozu im Rahmen dieser Abhandlung kein Anlaß vorliegt,[10] kann festgestellt werden, daß die von Savigny aufgestellten Erfordernisse für den Rechtsgeschäftsbegriff sich in den Definitionen der bedeutendsten Vertreter der gemeinrechtlichen Wissenschaft am Ausgang dieser widerspiegeln. Nach Windscheid[11] ist das Rechtsgeschäft „eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung". Im gleichen Sinn äußert sich

5) Manigk S. 307 (Willenserklärung).
6) Savigny § 114 S. 98 f.
7) Schloßmann S. 128 ff, insbes. 138 f.
8) Brinz § 522 S. 3 ff.
9) Dernburg § 91 S. 211.
10) Verwiesen sei auf Manigks ausführliche Schilderung S. 27 ff und die sehr instruktive Beleuchtung der einzelnen Streitpunkte bei Stöver S. 9 ff.
11) Windscheid § 69 S. 266.

Puchta[12]: „Handlungen, deren Absicht auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist, heißen Rechtsgeschäfte“.

Man mag der einen oder anderen der angeführten Definitionen den Vorzug geben, allen ist das eine gemeinsam, worauf hinzuweisen Zweck dieser kurzen Uebersicht war: Das Eintreten der durch die Willenserklärung bezweckten Rechtswirkung selbst gehört nicht zum Begriff des Rechtsgeschäfts. Positiv bemerkte Windscheid[13]: „Das Rechtsgeschäft ist auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet. Daß die gewollte rechtliche Wirkung durch das Rechtsgeschäft wirklich hervorgebracht werde . . ., gehört zum Begriff des Rechtsgeschäfts nicht“. Und er bemerkt weiter[14]: „Wer möchte darauf verzichten, von einem nichtigen Rechtsgeschäft zu reden oder das Testament vor dem Tode des Erblassers ein Rechtsgeschäft zu nennen“.

Ergibt sich somit, daß die überwiegende Ansicht der gemeinrechtlichen Wissenschaft den Eintritt der Rechtsfolge selbst nicht in den Rechtsgeschäftsbegriff miteinbezieht, so ist nunmehr zu prüfen, ob diese Auffassung auch noch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs Geltung hat.

Eine Definition des Rechtsgeschäfts finden wir im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht, dagegen enthalten die Motive[15] folgende Begriffsbestimmung: „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“.

Aus diesem Satz hat eine Ansicht[16] gefolgert, daß die Begriffsbestimmung in ihrem ersten Teil die herrschende Definition des gemeinen Rechts enthalte, während der zweite Teil eine Ergänzung in der Richtung bedeute, daß zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts auch der Eintritt der Rechtswirkung gehöre. Stöver meint: „Darin, daß wir sagen, die auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Absicht muß für den Eintritt des Rechtserfolges wesentlich sein, ist bereits ausgesprochen, daß der Eintritt des Rechtserfolges mit zum Begriff des Rechtsgeschäftes gehört. Tritt die gewollte Rechtsfolge nicht ein, so ist das Rechtsgeschäft nichtig, kein Rechtsgeschäft“.

12) Puchta § 201 S. 33; ähnlich auch Dernburg § 91 S. 211; Regelsberger § 135 V Seite 491.

13) Windscheid § 69, Anm. 4, S. 269; ebenso Puchta § 201, S. 33; Regelsberger § 135, S. 489 f.

14) Windscheid § 69, Anm. 1 a.

15) Mot. I, 126.

16) Stöver S. 161 f und 155; Mertens S. 9; Baum S. 2; Leemhuns S. 15; Ernst Bruck S. 3 f.

Zweifellos ist die Ansicht Stövers insoweit richtig, als sie die auf den Erfolg gerichtete Absicht als wesentlich für den Eintritt der Rechtsfolge ansieht. Das ergibt sich auch aus der Bestimmung der Motive „.... rechtlicher Erfolg, welcher ... deswegen eintritt, weil er gewollt ist". Den Folgerungen aber, daß nämlich der Eintritt der Rechtswirkung ebenfalls zum Begriff des Rechtsgeschäfts gehöre und ein nichtiges Rechtsgeschäft kein Rechtsgeschäft sei, dürfte man sich nicht anschließen. Was die erste Behauptung anlangt, so ist sie durch den Wortlaut der Motive keineswegs begründet. Denn der erste Teil der Definition „Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges" gibt allein die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts, und der zweite Teil, daß nämlich der Erfolg „nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist", besagt nichts weiter, als daß eben nicht jeder gewollte Erfolg eintritt, sondern nur der, den die Rechtsordnung eintreten läßt.[17]

Wenn Stöver weiter behauptet, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft überhaupt kein Rechtsgeschäft sei, so steht das mit dem Gesetz in Widerspruch. Das Bürgerliche Gesetzbuch führt in dem Abschnitt „Rechtsgeschäfte" in den §§ 125 bis 134 und 138 bis 142 Rechtsgeschäfte an, denen aus irgendeinem Grunde entweder völlig oder teilweise die Rechtswirkung fehlt, und es scheut sich nicht, auch sie als „Rechtsgeschäfte" zu bezeichnen. Gerade zu diesem Punkte hat Manigk[18] Betrachtungen angestellt, die den Weg zum Auffinden des Rechtsgeschäftsbegriffs weisen. Die Annahme, daß der Begriff eines Rechtsinstituts nur dort ermittelt werden könne, wo das Institut auch alle Wirkungen äußere, also z. B. den Begriff des Rechtsgeschäfts am wirksamen Rechtsgeschäft, sei aus logischen Gründen verfehlt. Um einen wissenschaftlichen Begriff aufzufinden, müsse man den abstrakten Begriff des Rechtsinstituts vom konkreten unterscheiden. Von wissenschaftlichem Interesse könne aber bloß der abstrakte Begriff sein, losgelöst von allen Voraussetzungen seiner konkreten Gestalt. „Wir bezeichnen ein etwa wegen Formmangels oder wegen Geschäftsunfähigkeit nichtiges Rechtsgeschäft korrekt immer noch als Rechtsgeschäft, weil es, abgesehen von dem im konkreten Falle vorliegenden Mangel der Form bezw. der Geschäftsfähigkeit des Subjekts, die Begriffsmerkmale des Rechtsgeschäfts noch an sich trägt. Zwischen einem insofern ganz richtig so bezeich-

---

17) Adloff S. 17 und in Anm. 3) Zitierte; Oertmann, Komm. Vorbem. 3 a S. 317 f; Staudinger I Vorbem. II, Nr. 4—6, S. 399 f; v. Tuhr II S. 146; Zitelmann Seite 278.

18) Manigk, Willenserklärung § 24, S. 188 ff.

neten „nichtigen Rechtsgeschäft“ und einem „Nicht“-Rechtsgeschäft ist daher zu unterscheiden ... Ein Nicht-Rechtsgeschäft wird dort gegeben sein, wo wir nicht einmal die begrifflichen Wesensvoraussetzungen eines Rechtsgeschäfts realisiert finden, z. B. bei einer Aufforderung zum Tanz ... Es wird nun der Umstand, daß natürlich auch ein Nicht-Rechtsgeschäft keine Wirkungen eines Rechtsgeschäfts haben kann, damit verwechselt, daß die Wirkungslosigkeit auch das Wesen der Nichtigkeit ist. So ergab sich die Meinung, ein nichtiges Rechtsgeschäft sei ein Nicht-Rechtsgeschäft, was verkehrt ist“.[19]

Man kann sich der Betrachtungsweise Manigks nicht verschließen, die sich zudem im Ergebnis mit dem Gesetz deckt. Es ist also auch in allen den Fällen unbeschadet des Ausbleibens einer Rechtswirkung das Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts anzunehmen, in denen die begrifflichen Wesensvoraussetzungen eines solchen gegeben sind. Als Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts sind aber die Kennzeichen anzusehen, die bereits in der Definition Savignys und der zum größten Teil auf ihm fußenden gemeinrechtlichen Wissenschaft festgestellt worden sind: eine Willensäußerung, die auf einen Rechtserfolg gerichtet sein muß, d. h. auf die Begründung; Aufhebung oder Aenderung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. Im Gegensatz dazu stehen solche Willensäußerungen, die sich auf andere Lebensgebiete, z. B. Geselligkeit, Moral, Religion beziehen. Diesen Willensäußerungen fehlt der rechtsgeschäftliche Charakter.

Aus der Bestimmung der Motive und an Hand der Betrachtungsweise Manigks ist dargelegt worden, daß der Eintritt der beabsichtigten Rechtsfolge nicht zum Begriff des Rechtsgeschäfts gehört. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, auf einem anderen Wege, den zuerst Zitelmann[20] gewiesen hat: Es gäbe im Gesetz eine Reihe von Fällen, in denen zum Eintritt der Rechtswirkung außer der bezw. den Willenserklärungen noch weitere Tatumstände nötig seien. In diesen Fällen seien zwei Tatbestände zu unterscheiden: der, der die Parteihandlung, die Abgabe der Willenserklärung, enthält, der Errichtungsakt, und der besondere Tatbestand. Obschon nun die beabsichtigte Rechtswirkung erst mit Vollendung des Gesamttatbestandes (Willenserklärung und besonderer Tatbestand) einträte, sei es unzweifelhaft, daß die Willenserklärung allein das Rechtsgeschäft bilde. Zur Verdeutlichung seines Gedankenganges bedient sich Zitelmann des folgenden Beispiels:[21] „Wenn ich einen

19) Aehnlich Windscheid I § 69 Anm. 1 a; Zitelmann S. 300; Cosack I § 71, Nr. 1 b.
20) Zitelmann S. 292 ff.
21) Zitelmann S. 284 f.

Mord begehe, so ist die schließliche Wirkung der Tod des Menschen; als die Ursache sehen wir nur mein Tun an; aber weder dieses Begehen der Handlung ist der Mord selbst — morden ist nicht Mord —, noch ist die Wirkung der Handlung der Mord — Sterben und Gemordetsein ist nicht Mord —: der Mord ist vielmehr meine Tätigkeit als Ganzes, als Objekt betrachtet. So wie Morden, Mord, Ermordetsein oder vielmehr Sterben, so verhält sich nun auch die Errichtung des Rechtsgeschäfts selbst und die Wirkung des Rechtsgeschäfts begrifflich zueinander ... Wir erhalten demnach das Resultat, daß in der Tat durch „Errichtung des Rechtsgeschäfts" und durch „Rechtsgeschäft" dieselbe Tatsache, nämlich die Handlung einer Person bezeichnet wird ... Rechtsgeschäft wäre demnach gleich Wilenserklärung, da auch dieses Wort die Zweisinnigkeit als Vorgang des Erklärens und als gedachtes Ganzes hat. Zu definieren wäre das Rechtsgeschäft also als die auf das Eintreten einer Rechtswirkung gerichtete Willenserklärung."

Die Ausführungen Zitelmanns ergeben, daß zwei Rechtsgeschäftsbegriffe zu unterscheiden sind: der weitere, enthaltend sämtliche Tatumstände, die der Verwirklichung der Rechtsfolge dienen und der engere, der nur die Erfordernisse enthält, die das Rechtsgeschäft speziell zu einem Rechtsgeschäft stempeln; zu diesem sind aber nur Willenserklärungen zu rechnen, die auf einen Rechtserfolg gerichtet sind, und zwar auf einen bestimmten spezifischen Rechtserfolg.[22] Dagegen sind aus dem engeren Rechtsgeschäftsbegriff alle die Tatumstände auszuschalten, die nicht geeignet sind, einen typischen Rechtserfolg herbeizuführen, mögen sie auch für den Eintritt der Rechtswirkung selbst unentbehrlich sein. Alle diese Tatumstände bilden zusammen mit dem Rechtsgeschäftsbegriff im engeren Sinne, das Rechtsgeschäft im weiteren Sinne, den Tatbestand der Wirkung. Sie können von sehr verschiedener Beschaffenheit sein und sind etwa folgendermaßen zu gruppieren:[23]

1) Erklärungen der Partei oder dritter Personen, z. B. Zustimmung, Wahl, Bestimmung der Leistung, Einwilligung des gesetzlichen Vertreters,
2) reale Vorgänge, z. B. Verschiebung des Besitzes oder des Eigentums, Belastung des Eigentums,
3) Zeitablauf und Tod, z. B. befristete Geschäfte und solche von Todes wegen,

22) Dernburg I § 91 S. 210; RGRKomm., Vorbem. 3, S. 127; Oertmann I, Vorbem. 2 b, S. 317; v. Tuhr II § 50 II, S. 147.
23) Auszugsweise der Aufstellung bei v. Tuhr (s. Anm. 22) entnommen.

4) amtliche Handlungen, z. B. Eintragung ins Grundbuch, Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei gewissen Geschäften des Vaters und des Vormundes.

Die beispielsweise angeführten Tatumstände, die mit dem engeren Rechtsgeschäftsbegriff den erweiterten Rechtsgeschäftsbegriff bilden, als Teile des Rechtsgeschäfts selbst zu bezeichnen, wäre unrichtig; denn sie haben für die inhaltliche Feststellung des Geschäfts keine Bedeutung, vielmehr treten sie zu dem bereits bestehenden Rechtsgeschäft als außergeschäftliche Tatbestandsstücke bezw. als „objektive Voraussetzungen der Wirksamkeit“[24] hinzu. Sind aber schon diese außergeschäftlichen Tatumstände nicht mehr zum engeren und eigentlichen Rechtsgeschäftsbegriff zu rechnen, so muß dies erst recht für die Rechtswirkungen gelten. Aus diesem Grunde ist daher beispielsweise das Testament mit seiner Errichtung ein vollendetes Rechtsgeschäft; unvollendet ist bis zum Tode des Testators lediglich der Tatbestand der Rechtswirkung, der jedoch zufolge der vorangegangenen Ausführungen von dem maßgebenden Rechtsgeschäftsbegriff zu unterscheiden ist.[25]

Daß bei den zusamengesetzten Tatbeständen, die im Anschluß an die Ausführung Zitelmanns betrachtet worden sind, der Rechtsgeschäftsbegriff unabhängig von dem Eintritt der Rechtsfolge ist, wird auch von Stöver[26] und den anderen Schriftstellern[27] zugegeben, die bezüglich der einfachen Rechtsgeschäfte, bei denen zum Eintritt der Rechtswirkung die Willenserklärung allein ausreicht, auf entgegengesetztem Standpunkt stehen. Diese Ansicht ist aber bereits widerlegt worden.[28]

Somit dürfte als Ergebnis festgestellt sein: Die Begriffsmerkmale des Rechtsgeschäfts sind:

1) eine Willensäußerung, die
2) auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sein muß.

Der Eintritt der Rechtswirkung ist dagegen aus dem Rechtsgeschäftsbegriff auszuschalten.[29]

Eine allgemeine Begriffsbestimmung des Vertrags gibt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Aus der Tatsache aber, daß es in dem Abschnitt über „Rechtsgeschäfte“ den „Vertrag“ in einem besonderen Titel behandelt (§§ 145 ff), folgt, daß das Rechtsgeschäft zum Ver-

24) Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf, S. 30.
25) Enneccerus I, § 136 B 3; Oertmann, Vorbem. 1 b vor § 145, S. 526; Planck I, Vorbem. 6, S. 181; Staudinger Vorbem. II, 4 und 6, S. 391 f und 401.
26) Stöver S. 164.
27) Mertens S. 10; Baum S. 4; Leemhuis S. 16.
28) Seite 5 f dieser Abhandlung.
29) Cosack I, § 71 I 1 b, S. 144; Oertmann, Vorbem. 6 a, S. 320; Planck I, Einl.-Bem. 3, S. 224 ff; Staudinger I, Einl.-Bem. II, 4, S. 398 f.

trage im Verhältnis des Ober- zum Unterbegriffs steht. Mithin muß der Vertrag mindestens ein gerade ihm eigentümliches Merkmal besitzen, das den Rechtsgeschäften, die keine Verträge sind, fehlt.

Aus der Bestimmung des § 145 „Wer einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt", geht hervor, daß bei einem Vertrage mindestens zwei Personen beteiligt sein müssen. Stets muß auf der einen Seite ein Antrag, auf der anderen Seite eine Annahme vorliegen. Antrag und Annahme sind Willenserklärungen, deren Ziel in der Hervorbringung eines und desselben rechtlichen Erfolges besteht.[30] Während bei einem Rechtsgeschäft nur die Willenserklärung einer Person erforderlich ist, sind beim Vertrage die Willenserklärungen von wenigstens zwei sich als Vertragsparteien gegenüberstehenden Personen möglich. Der Vertrag ist also — und dies verleiht ihm seine Sonderstellung innerhalb der Rechtsgeschäfte — ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Er kommt dadurch zustande, daß „der rechtsgeschäftliche Wille von mindestens zwei Personen ... sich zu einem auf Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen zusammenschließen und diese Zusammenschließung der beiden Willen zu einem Willen — dem Vertragswillen — einen genügenden Ausdruck erhalten"[31] muß.

Da der Vertrag nur infolge seiner Zweiseitigkeit ein besonderer Typ des Rechtsgeschäfts ist, so könnte die Frage, ob der Eintritt des beabsichtigten Erfolges zum Vertragsbegriff gehört, mit der gleichen Begründung verneint werden, wie beim Rechtsgeschäft. Aber noch gerade in Bezug auf den Vertrag sollen zwei Belege für die hier vertretene Ansicht angeführt werden.

Gemäß § 1741 BGB. kann, wer keine ehelichen Abkömmlinge hat, durch Vertrag mit einem Anderen diesen an Kindesstatt annehmen. Der Vertrag bedarf der Bestätigung durch das zuständige Gericht. Gemäß § 1754 BGB. tritt erst mit der Bestätigung die rechtliche Wirkung des Vertrags, die Annahme an Kindesstatt, ein. Obschon die Vertragsparteien also durch ihre Willenserklärungen allein — Antrag und Annahme — den beabsichtigten Rechtserfolg nicht auslösen können, scheut sich das Gesetz nicht, im § 1741 BGB. eben diese Willenserklärungen mit dem Ausdruck „Vertrag" zu bezeichnen.

Als weiteres Beispiel sei die Bestimmung des § 151 BGB. herangezogen, derzufolge zum Abschluß eines Vertrages ein Antrag

30) Das folgt, wenn auch nur negativ, aus den §§ 154, 155 BGB.
31) Planck I, Vorbem. 1 vor § 145, S. 382.

und dessen Annahme — und nur diese allein — erforderlich sind. Mit Annahme des Antrages ist der Vertrag geschlossen, d. h. existiert ohne Rücksicht darauf, daß der Erfolg auch wirklich eintritt.

Damit dürfte aber festgestellt sein, daß auch ohne Eintritt der beabsichtigten Rechtswirkung ein vollendeter Vertrag vorliegt. Der Eintritt des Erfolges ist daher aus dem Vertragsbegriff ebenso wie aus dem Rechtsgeschäftsbegriff auszuscheiden. Als charakteristisch für den Vertrag sind somit nur folgende Merkmale anzusehen:

1) die Willenserklärung der einen Partei als Antrag,
2) die Willenserklärung des anderen Vertragsteils als Annahme des Antrags.
3) Beide Willenserklärungen müssen auf den gleichen rechtlichen Erfolg gerichtet sein.

Eine weitere Streitfrage betrifft die Ausdehnung des Vertrags. Die Definition des Vertrags im römischen Recht lautet: „ . et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus“.[32] Sie kann für unser heutiges Recht nicht mehr als maßgebend angesehen werden, da sie den Vertrag auf das Obligationenrecht beschränkt.[33] Eine solche Beschränkung wurde auch noch teilweise im gemeinen Recht gefordert. Das Wesen eines jeden Vertrages bestände, wie Vangerow[34] behauptete, „in einem Versprechen, und die Klage, die aus einem solchen Vertrage hervorgeht, kann schlechterdings nur darauf gerichtet sein, daß der andere Paziszent ... dieses Versprechen erfülle ... Mit anderen Worten, aus einem Vertrage kann ... nur eine obligatio entstehen.“ Diese Ansicht findet selbst heute noch vereinzelt ihre Fürsprecher in der Wissenschaft.[35]

Als Schöpfer des modernen Vertragsbegriffs ist ebenfalls Savigny anzusehen. Nach ihm ist der Vertrag „die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden“.[36] „Man müsse“, fährt Savigny fort, „für den angegebenen Begriff die ausgedehnteste Anwendbarkeit in Anspruch nehmen. Es sind also Verträge möglich im Völkerrecht, im Staatsrecht, im Privatrecht, in diesem ferner bei allen Arten der ihm angehörenden Rechtsinstitute“.

Daß also z. B. auch im Sachenrecht Verträge möglich sind, weist Savigny[37] folgendermaßen nach: „So ist die Tradition ein

32) L. 1 § 2 D, de pactio 2, 14, Ulpian.
33) Dernburg, Pandekten I § 92 Anm. 6; Sohm, Inst. § 40, Anm. 1.
34) Vangerow I § 350, S. 762 f.
35) Jacobi, Versprechen und Vertrag S. 12 ff; Baumgarten II § 10, S. 166.
36) Savigny III § 140, S. 309 ff.
37) Savigny III § 140 S. 312 ff.

wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin aufgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch bestimmt ..." Den Vertrag des Sachenrechts nennt Savigny zum Unterschied vom obligatorischen Vertrag den „dinglichen Vertrag".[38] Ohne die Begründung der Savignyschen Ansicht bezüglich der Rechtsnatur der Tradition hier kritisch würdigen zu müssen, kann man sich der von Savigny vorgenommenen Ausdehnung des Vertrages als einer Selbstverständlichkeit anschließen. „Der Vertrag ist eine Rechtsform, die für alle Teile des Rechts verwendbar und unentbehrlich ist. Er kann die Begründung oder Aufhebung eines Schuldverhältnisses betreffen, er kann dinglicher, familienrechtlicher oder erbrechtlicher Vertrag sein".[39] Diese Ansicht wird vom Gesetz auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß die allgemeinen Vorschriften über Verträge nicht im Recht der Schuldverhältnisse, sondern im I. Buche des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor den besonderen Teilen niedergelegt sind.

Sind, was hier besonders interessiert, auch auf dem Gebiete des Sachenrechts Verträge möglich, so müssen diese sogenannten dinglichen Verträge jedoch scharf von den schuldrechtlichen getrennt werden. Letztere sind auf die Erzeugung von Schuldverhältnissen gerichtet, sie erzeugen eine Verpflichtung, einen Anspruch, jene dagegen zielen unmittelbar auf eine Rechtsänderung hin, sie sind auf Entstehung, Uebertragung, Belastung oder Aufhebung eines dinglichen, d. h. eines Sachenrechts, gerichtet.

Schon jetzt erscheint es zweckmäßig, auch auf den Unterschied zwischen kausalen und abstrakten Verträgen hinzuweisen. Alle Verträge, mögen sie nun in der Uebertragung, Begründung, Aenderung oder Aufhebung seines Rechts bestehen, sind vernünftigerweise dazu bestimmt, als Mittel zur Erreichung gewisser Zwecke zu dienen; das Fehlen eines solchen erscheint psychologisch undenkbar.[40] Wird nun der Zweck, die causa, als ein wesentliches Element des Geschäftstatbestandes angesehen, d. h. ist sie in das Rechtsgeschäft selbst mit aufgenommen und dessen Rechtsbestand davon abhängig gemacht, daß der Zweck des Rechtsgeschäfts erreicht wird, so liegt ein Kausalgeschäft vor. Dazu im Gegensatz steht ein solches Geschäft, bei dem sich der Inhalt des Geschäfts allein in den Zuwendungserklärungen der

38) Savigny S. 313; Windscheid I § 171, Nr. 1, spricht vom „Eigentumsübertragungsvertrag".
39) Planck I Vorbem. 2 vor § 145.
40) Planck I Bem. VII, 2 , S. 231; Wienstein, S. 477; Ebbecke S. 194 f.

Parteien erschöpft. Hier ist die Zuwendung, Leistung, Erfüllung von der causa losgelöst und unabhängig; sie ist, obschon irgendein Rechtsgrund für sie überhaupt vorhanden sein muß, auch dann wirksam, wenn der Zweck nicht erreicht wird. Verträge dieser Art bezeichnet man als abstrakte Verträge. Wenn der Rechtsbestand derselben auch zunächst von dem Fehlen der causa insofern nicht beeinflußt wird, als die Zuwendung in wirksamer Weise erfolgt, so berücksichtigt das Gesetz dennoch das Ausbleiben oder Fehlen des Zweckes der Leistung, indem es dem Geschädigten einen obligatorischen Anspruch gegen den in ungerechtfertigter Weise als ohne rechtlichen Grund Bereicherten gewährt (§ 812 ff BGB.).

§ 2.

Die sachenrechtliche Einigung.

a) In der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Nachdem schon versucht worden ist, die Grundbegriffe des Rechtsgeschäfts und des Vertrages in dem für die Lösung unserer Aufgabe erforderlichen Maße zu klären, kann nunmehr untersucht werden, ob die Einigung des Sachenrechts ein Vertrag ist. Zunächst erscheint es vorteilhaft, ihre Entstehungsgeschichte zu berücksichtigen, da diese möglicherweise Anhaltspunkte für ihre rechtliche Natur bietet.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs kannte die Bezeichnung „Einigung" noch nicht, sondern enthielt an seiner Stelle im § 828 den Ausdruck „Vertrag".[1] Gemeint war der dingliche Vertrag. Gegen seine Statuierung setzte eine scharfe Kritik ein,[2] die in den Beratungen der 2. Kommission fortgeführt wurde: der Ausdruck „Vertrag" entspräche nicht den Anschauungen und dem Sprachgebrauch des Volkes und wäre geeignet, zu bedenklichen Mißverständnissen zu führen; denn der Volksauffassung liege die Trennung von Leistungs- und Verpflichtungsgeschäft fern und eine Verwechselung beider wäre zu befürchten. Es wurde zwar zugegeben, daß die rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die der § 828 vorschreibe, sich möglicherweise als Vertrag konstruieren ließen, aber durch die Aufnahme der Bezeichnung „Vertrag" würde die natürliche Ausdrucksweise der juristischen Konstruktion geopfert. Von der Gegenseite wurde darauf hingewiesen, daß vom Gesetzgeber zweifellos ein Vertrag gewollt wäre, denn die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des § 828 enthielten die wesentlichen Merkmale eines solchen. Es

---

1) Mot. III, 6 ff.
2) Mugdan III, 525 ff; Prot. d. Komm. f. d. 2. Lsg., S. 3386.

wäre daher Pflicht des Gesetzgebers, klar auszusprechen, was er meine. Auch aus der Tatsache, daß vielleicht noch Umstände hinzukommen müßten, um eine volle Wirkung der Willenserklärungen herbeizuführen, wäre kein Argument gegen den Vertragscharakter der Willenserklärung des § 828 gegeben, wie ein Vergleich mit dem Vertrag über die Annahme an Kindesstatt (§§ 1601, 1617) lehre. Das Ergebnis der Verhandlungen der 2. Komission bestand schließlich darin, daß der Beschluß gefaßt wurde, an Stelle des Ausdrucks „Vertrag" das Wort „Einigung" zu setzen. Dies wurde auch in der Redaktionskommission ausgeführt und somit die Bezeichnung „Einigung" in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen.

Die hier kurz gestreifte Entwicklungsgeschichte der „Einigung" zeigt, daß es weniger rechtliche Bedenken waren, die eine Streichung des Ausdrucks „Vertrag" veranlaßt haben, als vielmehr der Wunsch, dem Gesetz eine volkstümliche Fassung zu geben. Obschon man danach der durchaus berechtigten Meinung sein könnte, daß trotz der Veränderung der Bezeichnung gegenüber dem Entwurf die Vertragsnatur der Einigung beibehalten werden sollte, besteht nunmehr die Aufgabe, die typischen Fälle der „Einigung" im III. Buche Untersuchung zu unterziehen.

b) Im Besitzrecht

An erster Stelle im Sachenrecht begegnet man der Einigung beim Besitzerwerb gemäß § 854 Abs. 2 BGB., dessen Vorschrift lautet: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe" (— ergänze: des Besitzes —), „wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben."

Um das Wesen der Einigung zu prüfen, erscheint es zweckmäßig, zunächst die rechtliche Natur des Besitzes zu untersuchen. Diese an Hand der gesetzlichen Bestimmungen zu finden, die den Erwerb und Verlust des Besitzes behandeln (§§ 854 Abs. 1, 856 Abs. 1), erweist sich als verfehlt. Eine solche Betrachtungsweise[3] führt zum Ergebnis, daß „Besitz" und „tatsächliche Gewalt" identisch seien, was aber, wie bereits Bekker[4] treffend bemerkt, die „bodenlose Trivialität" ergäbe, daß durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt die tatsächliche Gewalt erworben und dadurch beendet werde, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt aufgebe oder in anderer Weise verliere. Das Gesetz selbst spricht sich gegen eine Gleichsetzung von Besitz und tatsächlicher Gewalt aus. Im § 854 Abs. 2 hat es eine

---

3) Goldmann-Lilienthal II § 1 Nr. 1; Biermann Vorbem. 1 a vor § 854, S. 7.
4) Bekker, in den Beiträgen von Bernhöft-Binder, S. 16.

Vorschrift aufgestellt, derzufolge der Besitzererwerb unabhängig vom § 854 Abs. 1 BGB. in der Weise erfolgt, daß Besitzer und Erwerber sich über den Besitzübergang einigen, vorausgesetzt, daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Die Lage, in der sich der Bewerber befinden muß, ist nicht gleichbedeutend mit der Innehabung der tatsächlichen Gewalt des § 854 Abs. 1, vielmehr bezüglich des tatsächlichen Moments wesentlich schwächer. Das ergibt sich aus dem Worte „genügt", das offensichtlich im Abs. 2 nur ein Minus gegenüber der „tatsächlichen Gewalt" des Abs. 1 erfordert. Als Ergänzung des § 856 Abs. 1 wird im Falle des § 856 Abs. 2 der Besitzverlust selbst nicht immer durch Beendigung der tatsächlichen Gewalt herbeigeführt. Unabhängig von einer tatsächlichen Sachbeherrschung kann der Besitz endlich auch gemäß §§ 857 und 870 erworben werden. Aus den angeführten Gesetzesstellen folgt, daß sich aus der Art des Besitzerwerbs oder -verlustes das Wesen des Besitzes nicht erkennen läßt.

Auszugehen ist vielmehr von der Tatsache, daß sich an den Besitz Rechtswirkungen verschiedenster Art knüpfen. So verbinden sich mit ihm Verpflichtungen,[5] aber auch rechtliche Vermutungen,[6] der Besitz bildet die Voraussetzung für den Erwerb von Rechten,[7] und er wird insofern von der Rechtsordnung geschützt, als sich der Besitzer gegen Störung oder Entziehung des Besitzes durch Selbsthilfe oder im Klagewege wehren kann.[8]

Sind die beispielsweise angeführten Rechtswirkungen des Besitzes nun an den Tatbestand einer tatsächlichen Sachbeherrschung gebunden oder etwa als Ausstrahlung eines gemeinsamen Rechts, des Besitzrechts, anzusehen?

Für die weitere Betrachtung seien die Besitzschutzansprüche (§§ 859, 861, 862) herausgegriffen. Schon ihr Vorhandensein spricht dafür, den Besitz als ein Recht anzusehen; denn grundsätzlich erwächst jeder Anspruch, sei er persönlicher oder dinglicher Art, aus einem Recht und stellt sich als Funktion eines solchen dar.[9] Weiter ist aber nicht die tatsächliche Sachherrschaft Voraussetzung für die Besitzschutzansprüche: Dem Besitzdiener, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, stehen bei Besitzstörung oder -entziehung die Ansprüche aus den §§ 861, 862 BGB. nicht zu. Umgekehrt kann aber der mittelbare Besitzer, ohne eine Sache tatsächlich zu beherr-

5) z. B. in den §§ 836, 837, 985.
6) z. B. in den §§ 920, 1006.
7) z. B. in den §§ 900, 929, 937, 958, 1032 und 1205.
8) z. B. in den §§ 859, 861, 862.
9) Cosack II § 4 IV, 1; Enneccerus I, 1 § 204.

schen, gemäß § 869 BGB. die Besitzschutzansprüche der §§ 861/62 geltend machen. Andererseits ist wieder der Besitzdiener, ohne Besitzer zu sein, gemäß § 860 BGB. zur Selbsthilfe des § 859 berechtigt, der mittelbare Besitzer jedoch nicht.

Angesichts der Tatsachen, daß die Rechtswirkungen des Besitzes unabhängig von der tatsächlichen Sachbeherrschung sind, diese selbst auch nicht immer zum Besitz macht und auch ohne sie Besitz vorhanden sein kann, wird man notwendigerweise den Besitz als Recht ansehen müssen. Dafür sprechen auch die Umstände, daß der Besitz übertragbar und vererblich ist, daß er den Gegenstand eines Vermächtnisses bilden kann, und daß das Gesetz in zahlreichen Fällen[10] den Besitz insofern geradezu als Recht behandelt, als es bei der Besitznachfolge von einer Rechtsnachfolge spricht.[11]

Insbesondere sind aber auch praktische Gesichtspunkte vorhanden, die es für zweckmäßig erscheinen lassen, den Besitz als ein Recht anzusehen: er ist ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB.[12], er ist auch ein „die Veräußerung hinderndes Recht" gemäß § 771 ZPO.[13]; ferner berechtigt der Besitz im Konkurse des Nichteigentümers zur Aussonderung gemäß KO. § 43,[14] und er kann auch Gegenstand einer Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. sein.[15]

Nach alledem dürfte daran festzuhalten sein, daß der Besitz ein Recht ist.[16]

Da sich der Besitz aber auch als ein Herrschaftsverhältnis über eine Sache darstellt, das wie die sonstigen dinglichen Rechte grundsätzlich von jedermann beachtet werden muß[17] und das auch nicht nur solange geschützt ist, wie es faktisch besteht, sondern auch nach Verlust wiederhergestellt werden kann, dürften keine Bedenken bestehen, den Besitz ebenfalls als ein dingliches Recht — wenigstens im weiteren Sinne — anzuerkennen.[18] Obschon der Besitz die gleichen Charakteristika enthält, wie die anderen dinglichen Rechte, ist er allerdings schwächer als diese, was sich besonders gegenüber

---

10) §§ 221, 861 Abs. 2, 862 Abs. 2, 943, 999 BGB.
11) Enneccerus II, 1 § 3, Anm. 5.
12) Cosack II § 4 IV, 2; Enneccerus I, 2 § 451 I, 1 c; Staudinger II, Bem. 11 A 2 e zu § 823, S. 1699; RG. 91, 65; 105, 218; OLG. 34, 90; 37, 167.
13) Baumbach Bem. 4 c zu § 771; Förster-Kann Bem. 3 g mit Zitaten S. 561 f zu § 771; Stein-Jonas Bem. II, 1 b zu § 771; RG. 116, 366; OLG. 40, 405.
14) Jäger Anm. 27 zu § 43 S. 665; Mentzel, Erl. 5 S. 202 zu § 43; Kretzschmar, JW. 1916 S. 167.
15) Baumbach Bem. 2 zu § 256; Stein-Jonas Bem. II, 1 zu § 256 S. 636.
16) Bekker S. 27; Eberhard Bruck S. 119 f; Cosack II § 4 IV S. 20; Elzbacher S. 322 f; Endemann III § 25 Nr. 5 S. 131; Enneccerus I, 1 § 73 I, II, 1 § 3 III; Gierke II § 114 II S. 213 f; Planck III, Vorbem. 5 vor § 854; Staudinger III, Vorbem. VII vor § 854 und v. Tuhr I § 6 I S. 137 f.
17) OLG. 37, 168 bezeichnet den Besitz als absolutes Recht.
18) Crome II § 342 Nr. 5; Endemann III § 25 Nr. 5 S. 131; Enneccerus I, 1 § 73 I, 1 und II, 1 § 3 III; Gierke II § 114, 2 I; v. Tuhr I § 6 I S. 137 f.

dem Eigentum zeigt. So wird der Besitzer zwar gegenüber den Angriffen des Eigentümers geschützt, er geht aber des Schutzes verlustig, wenn sich der Eigentümer im Klagewege auf sein Eigentum stützt. Eine weitere Schwäche des Besitzrechts zeigt sich darin, daß sich dem Besitzkläger gegenüber auch der neue Besitzer auf die Tatsache des Besitzes stützen kann und erst weitere Tatsachen, z. B. die Fehlerhaftigkeit des Besitzes, hinzukommen müssen, um den früheren Besitzer in eine gegenüber dem jetzigen günstigere Stellung zu versetzen. (§ 1007 Abs. 2 BGB.). Diese Beschränkung der absoluten Wirkungen des Besitzrechts macht es verständlich, daß das Gesetz den Besitz nicht zu den dinglichen Rechten zählt. Aus diesem Grunde erklärt sich auch die Gegenüberstellung von Besitz und Recht in den §§ 268, 1414 BGB. Daraus aber ein Argument gegen die Rechtsnatur des Besitzes herleiten zu wollen,[19] erscheint nach dem eben Gesagten unrichtig. Ebenso ist der Hinweis nicht stichhaltig, daß gemäß § 93 BGB. wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein könnten, Besitz an ihnen aber gemäß § 865 BGB. wohl möglich sei. Dieser scheinbare Widerspruch löst sich dadurch, daß das Gesetz in Anlehnung an den alltäglichen Sprachgebrauch den Ausdruck „Besitz" des öfteren in tatsächlicher Bedeutung gebraucht. Die Unkorrektheit der Ausdrucksweise wird an zwei Bestimmungen deutlich: Wenn im § 2025 BGB. der Erbe, der den Besitz tatsächlich ergriffen hat, einen stärkeren Schutz genießt als der Erbe, der lediglich durch Erbfolge den Besitz erlangt hat, und im § 2027 Abs. 2 BGB. von einer tatsächlichen Besitzergreifung gesprochen wird, so kann hier unter Besitz nur die tatsächliche Gewalt verstanden werden, die der Erber ergreift; denn das Besitzrecht hat der Erbe ja schon nach § 857 BGB. erworben. In gleicher Weise ist im § 865 unter „Besitz" nur die tatsächliche Gewaltausübung zu verstehen.[20]

Nach Widerlegung der gegen den Besitz als Recht angeführten Bedenken dürfte der Ansicht zu folgen sein, daß der Besitz ein Recht ist, und unter Berücksichtigung der oben gemachten Vorbehalte, daß er sogar ein dingliches Recht ist.[21]

Nach Klärung der juristischen Natur des Besitzes macht die Konstruktion der besitzrechtlichen Einigung des § 854 Abs. 2 keine Schwierigkeiten mehr. Unter der Voraussetzung, daß der Erwer-

19) Rosenberg, Erl. 5 S. 13 f vor § 854; dagegen Enneccerus II, 1 § 3 Anm. 5; Planck Vorbem. 5 vor § 854.

20) Elzbacher S. 322 f.

21) Die in der Literatur übliche Bezeichnung des Besitzes als „Minderrecht" erscheint insofern zweckmäßig, als sie die Schwäche des Besitzrechts gegenüber den eigentlichen dinglichen Rechten treffend zum Ausdruck bringt.

der in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, erwirbt er an ihr den Besitz dadurch, daß er sich mit dem bisherigen Besitzer über den Besitzübergang einigt. In der Einigung stehen sich danach die Willenserklärungen des bisherigen Besitzers und des Erwerbers gegenüber, die darauf gerichtet sind, den Besitz vom Besitzer auf den Erwerber übergehen zu lassen. Beide Willenserklärungen sind auf den gleichen Rechtserfolg gerichtet, nämlich die Uebertragung des Besitzes, also eines Rechts. Damit dürfte die Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. aber alle Merkmale eines Vertrags enthalten. Sie wird auch heut von der herrschenden Ansicht[22] als Vertrag angesehen. Biermann[23] lehnt die Vertagsnatur der Einigung mit der Begründung ab, daß nicht die Einigung allein den von den Parteien erstrebten Erfolg herbeiführe, sondern der Erwerber außerdem in der Lage sein müsse, die Gewalt über die Sache auszuüben.

In der Tat setzt die Besitzübertragung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. zwei Erfordernisse voraus: die Einigung und die Möglichkeit des Erwerbers, die Gewalt über die Sache auszuüben. Es liegt hier ein zusammengesetzter rechtsgeschäftlicher Tatbestand vor, in dem sich der zweite Bestandteil als eine objektive Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt. Bestandteil eines Vertrags können aber, wie ausgeführt worden ist,[24] nur solche Faktoren sein, die das Typische des gewollten Rechtserfolges in sich tragen. Das ist aber bei dem „In-der-Lage-sein, die Gewalt über die Sache auszuüben", das lediglich einen Zustand bezeichnet, nicht der Fall. Damit dürfte die Ansicht Biermanns widerlegt sein.

Zum gleichen Ergebnis gelangt Salomon[25] an Hand des Gesetzes. Dieses erfordere nicht die Einigung **und** die Möglichkeit der Gewaltausübung, sondern die Einigung führe dann zum Besitzerwerb, **wenn**, d. h. „unter der Voraussetzung, daß" der Erwerber in der Lage sei, die Gewalt über die Sache auszuüben. Daraus folge aber, daß das Gesetz nur **ein** verursachendes Moment, nämlich Einigung, für die Rechtswirkung aufstelle.[26]

Die angeführten Argumente dürften teils unrichtig, teils nicht ausschlaggebend sein: Insofern, als bei Fortfall der Möglichkeit

---

22) Bekker, Besitz S. 8; Eberhard Bruck S. 119; Ernst Bruck S. 19 ff; Crome III § 347 II 3; Cosack II § 7 I 2 b; Dernburg § 18 Anm. 2; Endemann II § 37, 3 a und § 19, 1; Enneccerus II, 1 § 11 II; Gierke II § 115 IV, 2 S. 234 f; Planck III Erl. 3 a zu § 854 S. 39 f; Staudinger III Bem. II 2 b zu § 854; Strohal, Sachbesitz S. 81 f; Stöver S. 168 f; RGRKomm. Anm. 4 zu § 854.

23) Biermann Erl. 7 a zu § 854; Goldmann-Lilienthal II § 204; Herwig S. 18 ff.

24) Seite 6 f.

25) Salomon S. 75 f.

26) Ernst Bruck S. 19; Ortlieb S. 82 f; Glücksmann S. 15; ebenso.

der Gewaltausübung ein Besitzerwerb gemäß § 854 Abs. 2 nicht in Frage kommt, wird man auch die Möglichkeit der Gewaltausübung als Ursache der Rechtswirkung ansehen müssen. Es ist aber auch zu verneinen, daß die Erkenntnis einer rechtlichen Konstruktion lediglich aus dem Gesetzestext herzuleiten ist.

Auf andere Weise gelangt Manigk[27] dazu, der Einigung des § 854 Abs. 2 den Vertragscharakter abzusprechen. Er meint, daß es allein von der Tatsache, daß der Konsens der Parteien auf die Rechtsfolge gerichtet sein müsse, abhänge, ob ein Vorgang rechtlicher Natur sei. Dies sei aber bei der Einigung des § 854 Abs. 2 zu verneinen; denn die Willenserklärungen der Parteien bezögen sich hier immer nur auf das tatsächliche Haben, d. h. der Vorbesitzer räume dem Gegner im Tatbestand der Einigung nur die Befugnis zur Ergreifung der Gewalt ein. Dies folgert Manigk aus dem § 803 des Entwurfs, und er führt weiter aus: Da aber die Tatsache der erlangten Gewalt mit der rechtlichen Wirkung des Besitzerwerbs, die ex lege, einträte, zusammenfiele, sei man geneigt, den Parteiwillen, der auf die erlangte Gewalt gerichtet sei, mit den Willensäußerungen zu verwechseln, die sich auf die Rechtswirkungen des Besitzes und ihre Uebertragung bezögen. In der Verwechselung von Besitz als Rechtsverhältnis und Besitz als tatsächliches Haben sieht Manigk eine Verwechselung von Ursache und Wirkung.[28]

Insoweit Manigk den § 803 des Entwurfs zur Begründung heranzieht, ist zu entgegnen, daß die Vorarbeiten eines Gesetzes nur die gleiche Bedeutung bei Auslegung einer Gesetzesstelle haben können wie jede andere wissenschaftliche Meinung. Die endgültige Festlegung einer rechtlichen Konstruktion wird dadurch nicht bewirkt. Insoweit dürfte aber Manigk nicht zuzustimmen sein, als er behauptet, daß sich im Falle des § 854 Abs. 2 der Wille der Parteien nur auf das „tatsächliche Haben“ zu beziehen brauche. „Tatsächliches Haben“ und „tatsächliche Gewalt“ sind gleiche Begriffe insofern, als sie das gleiche körperliche Moment enthalten. Dieses ist aber gerade bei der Besitzübertragung gemäß § 854 Abs. 2 als Ziel des Parteikonsenses diesem entzogen, und, soweit es überhaupt noch vorhanden ist, auf das Minimum der „Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben“, herabgedrückt, die jedoch nicht identisch ist mit tatsächlicher Sachbeherrschung. Im § 854 Abs. 2 BGB. ist der Konsens eben nicht auf den Erwerb

27) Manigk S. 661 f und 691 ff und Anwendungsgebiet S. 200 ff.
28) Ebenso Klein S. 100 f; Pabst S. 121 ff; Rosenberg Erl. II 2 c zu § 854 S. 33.

der Möglichkeit der Gewaltausübung, das einzige körperliche Moment dieser Bestimmung, gerichtet, vielmehr auf den Erwerb des Besitzes. Dieser ist aber hier ein rein juristisches und nicht tatsächliches Gebilde. Selbst wenn man aber die Rechtsnatur des Besitzes ablehnen sollte, so bezieht sich im § 854 Abs. 2 der Konsens auf den Erwerb der Wirkungen, die an den Besitz geknüpft sind, niemals jedoch auf das „tatsächliche Haben". Die hier vertretene Ansicht soll an einem Beispiel veranschaulicht werden: A ist Eigentümer und Besitzer eines Mantels, der in einem Schrank seiner Wohnung hängt. Sein Diener B hat einen Schlüssel zum Schrank. Dadurch ist B aber noch nicht Besitzer (§ 855 BGB.), wohl aber in der Lage, die Gewalt über den Mantel auszuüben. Einigt sich nun A mit B darüber, daß der Besitz am Mantel auf B übergehen soll, so erwirbt B gemäß § 854 Abs. 2 Besitz am Mantel, auch wenn er diesen nicht körperlich an sich nimmt. Ohne dies auch weiterhin zu tun, kann B als jetziger Besitzer des Mantels auf C weiter übertragen, indem er diesem den Schlüssel gibt und sich ebenfalls gemäß § 854 Abs. 2 BGB. einigt.

Es ist zweifellos, daß hier nur rechtliche, nicht aber tatsächliche Verschiebungen stattfinden und der Konsens sich auch nur auf erstere beziehen kann; denn B hat nicht die Absicht, ein „tatsächliches Haben" auszuüben.

Von Bruck[29] wird die Ansicht Manigks etwa folgendermaßen widerlegt: Besitztatsache und Besitzrecht könnten nicht in der von Manigk geübten Weise getrennt werden; denn „die Rechtsfrage tritt nicht erst nachträglich zu der von den Parteien gewollten Tatsache hinzu. Wollen die Parteien die Tatsache des Besitzes, so wollen sie eo ipso auch das Recht." Bruck vergleicht weiter die Uebertragung des Besitzes mit der des Eigentums. „Auch dem Eigentume liegt ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zugrunde. Man wird aber eine Eigentumsübertragung nicht deshalb für ungültig erklären dürfen, weil die Parteien — was bei Laien häufig genug vorkommen mag, — nur an die tatsächlich mit dem Eigentum verbundene Herrschaft, nicht an das Recht gedacht haben."

Das Ergebnis der Ausführungen Brucks ist etwa dahin zusammenzufassen, daß derjenige, welcher eine vom Recht anerkannte und mit Rechtswirkungen verknüpfte Tatsache will, eben einen rechtlichen Erfolg will. Damit dürfte aber die Ansicht Manigks ebenfalls widerlegt sein.

29) Eberhard Bruck S. 119 f; ähnlich Stephan S. 38 f.

Ob man die Einigung des § 854 Abs. 2 nun als dinglichen Vertrag bezeichnen kann, hängt davon ab, inwieweit man den Besitz selbst als dingliches Recht anerkennt. Unbedenklich wird man aber nach den oben gemachten Erwägungen[30] auch für die Einigung des § 854 Abs. 2 den Ausdruck „dinglicher Vertrag" wählen können, um dadurch im Sinne Savignys[31] klar den Unterschied zum obligatorischen Vertrag hervorzuheben.

c) Im Liegenschaftsrecht.

Im Liegenschaftsrecht begegnet uns die Einigung in der Bestimmung des § 873 Abs. 1. Dieser lautet: „Zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung des Grundstücks mit einem Rechte, sowie zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt." Als maßgebende Faktoren für den Eintritt der Rechtsänderung sieht das Gesetz somit die Einigung und Eintragung an. Fehlt eines der beiden Erfordernisse, so kommt es nicht zum beabsichtigten Erfolg. Beide Faktoren sind also gleichwertige, koordinierte Voraussetzungen der Rechtsänderung. Weder ist die Eintragung eine Form der Einigung, noch diese eine Voraussetzung der Eintragung.[32] Es macht keinen Unterschied, ob zuerst die Einigung erklärt wird und dann die Eintragung ins Grundbuch erfolgt oder ob in umgekehrter Reihenfolge die Akte vorgenommen werden. Die Regel wird allerdings der Fall bilden, daß die Eintragung der Einigung folgt.

Die Eintragung stellt sich als eine „behördliche Maßnahme dar, die auf der durch den Parteiwillen in Bewegung gesetzten Amtsschließung beruht".[33] Ihre Voraussetzungen sind in der Grundbuchordnung gegeben: Dies sind Eintragungsbewilligung und Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung ins Grundbuch. Sie haben lediglich formale Bedeutung; denn selbst eine Eintragung, die ohne sie vorgenommen wird, bringt beim Hinzukommen der Einigung ebenfalls die beabsichtigte dingliche Rechtsänderung hervor.[34]

Im Gegensatz zur Eintragung stellt sich die Einigung als ein privater Akt dar, dessen Voraussetzungen materiell-rechtlicher

---

30) S. 15 f dieser Abhandlung.
31) S. 10 f dieser Abhandlung.
32) Güthe I § 19 Nr. 10 S. 183.
33) Predari § 1 II, 2 S. 5.
34) Enneccerus II, 1 § 31 IV.

Natur sind und im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Regelung gefunden haben. Die Einigung besteht aus zwei von den sich als Parteien gegenüberstehenden Personen abgegebenen Willenserklärungen, die auf das gleiche Ziel gerichtet sind. Entweder soll das Eigentum an einem Grundstück übertragen oder mit einem Recht belastet oder es soll dieses Recht übertragen oder belastet werden. Da somit die Einigung des § 873 Abs. 1 BGB. auf eine dingliche Rechtsänderung hinzielt, hat sie den Charakter eines dinglichen Vertrages.

Nun wird allerdings die Rechtsänderung nur durch Einigung und Eintragung zusammen herbeigeführt. Es handelt sich also auch hier um einen der Fälle, in denen die Rechtswirkung durch einen zusammengesetzten Tatbestand ausgelöst wird. Es ist oben[35] ausgeführt worden, daß bei den zusammengesetzten Tatbeständen nur die Willenserklärungen der Parteien das vertragliche Moment des zusammengesetzten Tatbestandes bilden und die übrigen Umstände, deren Vorhandensein zur Herbeiführung des Erfolges noch erforderlich ist, — also hier die Eintragung —, sowie der Erfolg selbst außerhalb des Vertragsbegriffs liegen. Die notwendige Folge dieser Auffassung führt dazu, die Einigung des § 873 mit der herrschenden Meinung als Vertrag anzusehen.[36]

Der Vertragscharakter der Einigung wird von einer weitverbreiteten Ansicht bekämpft, die nur in dem zusammen aus Einigung und Eintragung gebildeten Vorgang einen Vertrag anerkennt. Diese Meinung stützt sich auf eine Auslegung des Vertragsbegriffs, die der hier vertretenen insofern entgegengesetzt ist, als sie den Erfolg oder alle die Umstände, die die Wirkung herbeiführen, in den Vertragsbegriff einbezieht. Da sie insoweit bereits widerlegt worden ist, erübrigt sich auch ein Eingehen auf die damit zusammenhängende Folgerung für das Wesen der Einigung. Es kann sich also nur noch darum handeln, einzelne Punkte der gegnerischen[37] Betrachtungsweise herauszugreifen.

Von Baum[38] wird zugegeben, daß zu den Willenserklärungen mitunter besondere Tatumstände hinzukommen müßten, um über-

35) Seite 6 f dieser Abhandlung.
36) Adloff S. 30; Crome III § 364 Nr. 1; Dernburg III § 44 II 5; Endemann III § 19 Nr. 1 S. 86 ff; Fuchs § 22 Nr. 2; Gierke, Sachenr. § 127 II S. 450; Güthe, Bem. 1c § 19 S. 381, Bem. 36 § 20 S. 521; Kohler I § 244 V S. 550; Leemhuis S. 17; Mertens S. 8; Oberneck I § 38 Nr. 4 S. 328; Planck III Erl. 3 zu § 873 S. 120; Predari § 1 S. 3 f; RGRKomm. Bem. 7 zu § 873; Staudinger III Bem. B I, 2 zu § 873 S. 106; Stöver S. 184 und 187; RG. in GruchBeitr. 62, 639; Trapp S. 45.
37) Rosenberg Erl. III 2 a zu § 873 mit erschöpfender Literaturangabe.
38) Baum S. 42 f.

haupt Wirkungen von rechtlicher Bedeutung in Erscheinung treten zu lassen. Diese Tatumstände könnten begrifflich nicht als zum Rechtsgeschäftsbegriff gehörig betrachtet werden. Die Eintragung zu diesen Tatumständen zu rechnen, lehnt Baum aber ab: „Der Eintragung eine derartig untergeordnete Stellung zu geben, ist nicht angängig. Da der Gesetzgeber Einigung und Eintragung als gleichwertig nebeneinander gestellt hat, kann ebensowenig das eine — die Einigung — als ein Vertrag, das andere — die Eintragung — als ein Tatumstand angesehen werden, wie es zulässig wäre, in der Eintragung das Hauptelement für den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung, in der Einigung dagegen nur eine untergeordnete Begleiterscheinung zu erblicken.“

Zweifellos ist die Eintragung kein schwächerer Faktor für den Eintritt der Rechtswirkung als die Einigung; dies ist auch hier hervorgehoben worden.[39] Zu Unrecht legt aber Baum den „Tatumständen“ eine untergeordnete Bedeutung bei gegenüber den Willenserklärungen, die den Vertrag oder das Rechtsgeschäft bilden. Sie sind für die Auslösung des Rechtserfolges ebenso wichtig und notwendig wie der Vertrag selbst oder das Rechtsgeschäft. Was indessen gehindert hat, sie nicht in diese Begriffe einzubeziehen, ist der Umstand, daß sie ungeeignet sind, die Rechtswirkung zu einer typisch bestimmten zu machen, wie es bei den Willenserklärungen im Vertrags- und Rechtsgeschäftstatbestand der Fall ist.[40] Einigen sich z. B. A und B darüber, daß das Eigentum am Grundstück von A auf B übergehen oder daß B eine Hypothek am Grundstück des A erwerben soll, so erwirbt B das Eigentum oder die Hypothek je nach dem Inhalt der Einigung. Gerade d i e Rechtsänderung soll eintreten, die in der Einigung gewollt ist, nicht dagegen ist die Einigung darauf gerichtet, d i e Rechtsänderung herbeizuführen, die eingetragen wird oder ist. Daß die Rechtsänderung erst mit Hinzutritt der Eintragung zur Entstehung gelangt, ist lediglich ein Erfordernis der Sicherheit des Rechtsverkehrs, hat aber mit der typischen Gestaltung der Rechtswirkung nichts zu tun.

Damit ist auch schon z. T. der Standpunkt von Eccius[41] widerlegt, demzufolge durch die Einigung bestimmt wird, daß die Rechtsänderung so eintreten soll, wie sie eingetragen ist. Weiter führt Eccius[42] für seine Ansicht, daß Einigung und Eintragung zusammen den dinglichen Vertrag bilden, die Bestimmung des § 1396 Abs. 1

39) Siehe 20 dieser Abhandlung.
40) Oertmann, Rechtsbedingung S. 10 und Anm. 1 S. 10.
41) Eccius in GruchBeitr. 47, 54.
42) Eccius, in GruchBeitr. 47, 51; Rosenberg Erl. III 2 a zu § 873.

BGB. an. Diese lautet: „Verfügt die Frau durch Vertrag ohne Einwilligung des Mannes über eingebrachtes Gut, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung des Mannes ab.“ Eine Verfügung im Sinne des § 1396 sei auch die Veräußerung oder Belastung von unbeweglichen Sachen. Diese Verfügungen würden aber gemäß § 873 BGB. nur durch Einigung und Eintragung zusammen herbeigeführt; mithin bezeichne das Gesetz den aus Einigung und Eintragung gebildeten Vorgang als Vertrag.

Die Begründung von Eccius wirkt nicht überzeugend. Mit Recht bemerkt Fuchs,[43] daß unter „Vertrag“ nicht die vollendete Verfügung gemeint sei, denn man könne nicht sagen, daß die Frau verfügt habe, ehe der Mann die Einwilligung hierzu erteilt habe. Der § 1396 BGB. sei nicht bloß dahin zu verstehen, daß die Rechtsänderung unwirksam sei, wenn die Frau ohne Einwilligung des Mannes das Grundstück aufgelassen habe und der Erwerber eingetragen sei; vielmehr bestimme § 1396 BGB., daß die Frau der Genehmigung des Mannes zur Einigung bedürfe, wenn sie durch Vertrag verfügen wolle. Damit sei aber nachgewiesen, daß das Gesetz selbst unter dem Ausdruck „Vertrag“ die Einigung verstehe.[44]

Endlich versucht Eccius[45] noch, aus einer Vergleichung der „Bindung“ des § 873 Abs. 2 BGB. und der des § 145 BGB. eine Stütze für seine Ansicht herzuleiten. Im § 873 Abs. 2 wird bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die dingliche Einigung bindend wird. In dem zuletzt angeführten Fall, daß nämlich der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung aushändigt, sieht Eccius eine nur einseitige Bindung des Berechtigten, eine Ansicht, die durchweg abgelehnt wird.[46] Diesen Fall der Bindung vergleicht Eccius mit der Bindung des § 145 BGB. Während diese „eine erst zustande zu bringende Einigung“ bezwecke, handele es sich bei der Bindung des § 873 Abs. 2 BGB. „um eine Gebundenheit an die erreichte Einigung, zu der sich der Erklärende bekannt hat.“ Mit der Feststellung dieser inhaltlichen Verschiedenheit der Bindungen glaubt Eccius, einen weiteren Beweis dafür zu sehen, daß die dingliche Einigung kein Vertrag sei.

Damit dürfte indessen nur bewiesen sein, daß der obligatorische Vertrag etwas ganz anderes ist als der dingliche Vertrag. Erste-

43) Fuchs § 24 Anm. 219 S. 171.
44) Gegen Eccius auch Förster im Recht 03 S. 56.
45) Eccius in GruchBeitr. 74, 56 f.
46) Enneccerus II, 1 § 38 IV; Planck Anm. III 2 a zu § 873; Förster im Recht 03 S. 56; Staudinger Bem. III zu § 873.

rer erzeugt eine Verpflichtung, letzterer stellt sich als Erfüllung dar. Nicht der Inhalt der Bindungen der §§ 145 und 873 Abs. 2 BGB. ist verschieden, denn jedesmal bedeutet „gebunden sein“ „nicht widerrufen können“,[47] verschieden ist nur das, worauf sich die Bindungen beziehen.

Einen eigenartigen Standpunkt nimmt auch Ortlieb[48] ein. Um die Rechtsnatur der Einigung festzustellen, geht er logischerweise von dem Begriff des Rechtsgeschäfts aus, das er in „rein voluntare Geschäfte“ und „Realgeschäfte“ einteilt. Zur ersteren rechnet er alle diejenigen, welch nur aus Willenserklärungen, insbesondere aus einem Konsens bestehen, zu letzteren die Geschäfte, die zu ihrem Bestande außer den Willnserklärungen noch reale Momente erfordern, also z. B. die Eintragung und Uebergabe. Den aus Willenserklärung und Realakt gebildeten Vorgang bezeichnet Ortlieb als den Realvertrag. Diesen vergleicht er mit den von jeher anerkannten schuldrechtlichen Realverträgen (Darlehn, Leihe, Verwahrung). Er kommt zu dem Ergebnis, daß die Einigung bei diesen auf Begründung eines Schuldverhältnisses, bei jenen auf eine dingliche Rechtsänderung gerichtet, infolgedessen zwar ihrem Inhalt nach in beiden Fällen verschieden sei; ihrem Wesen nach sei sie jedoch hier wie dort insofern gleich, als sie immer das Willensmoment der Verträge bilde.

Die Ansicht Ortliebs ist in der Wissenschaft mit Recht auf Widerstand gestoßen.[49] Das Realgeschäft im herkömmlichen Sinn ist mit dem dinglichen Vertrag schon der Struktur nach nicht vergleichbar. Es besteht aus der obligatorischen Willenseinigung und der Leistung. Diese wiederum wird aus dem dinglichen Vertrage, der Einigung, und einem außerhalb desselben liegenden realen Moment, der Uebergabe, gebildet, wenn man die Einigung allein als dinglichen Vertrag auffaßt, anderenfalls nur aus einem dinglichen Vertrag. Dagegen stellt sich der aus dinglicher Einigung und realem Vertrag gebildete Vorgang, den Ortlieb ebenfalls als Realvertrag bezeichnet, selbst schon als Erfüllung dar; weiter fehlt diesem Vorgang aber auch das obligatorische Moment der üblichen Realverträge, die stets obligatorischer Natur sind.[50] Dies galt schon für das römische Recht[51] und hat ebenso für das heutige Geltung. Dafür spricht die Einordnung der Realverträge in den

47) Enneccerus II, 1 § 38 IV.
48) Ortlieb S. 2 f, 35 ff.
49) Steyert S. 39 ff; Pabst S. 60 f.
50) Baum S. 51; Adloff S. 26.
51) Czyhlarz §§ 80 und 85.

besonderen Teil der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es muß daher schon die Bezeichnung „Realvertrag" für die aus Einigung und Eintragung bezw. Uebergabe gebildete Handlung als verfehlt erklärt werden.[52]

Somit kann auch aus der Ansicht Ortliebs kein stichhaltiger Einwand gegen die Vertragsnatur hergeleitet werden.

d) Im Mobiliarrecht.

Den letzten typischen Fall der sachenrechtlichen Einigung bildet die Einigung bei der Uebereignung beweglicher Sachen. Die diesbezügliche Bestimmung des § 929 Satz 1 lautet: „Zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll."

Betreffs des Wesens des „Einigseins" hat die Rechtsprechung und Wissenschaft den gleichen Standpunkt eingenommen wie bei der Einigung des § 873 Abs. 1 BGB. Sie haben mit der gleichen Begründung die Vertragsnatur des „Einigseins" anerkannt oder abgelehnt. Eine Ausnahme hiervon macht lediglich Stöver[53], der zwar die Einigung der §§ 854 Abs. 2 und § 873 BGB. für einen Vertrag hält, in allen den Fällen aber, in denen das Gesetz von einem „Einigsein" spricht,[54] den Vertrag aus dem von Einigsein und Uebergabe gebildeten Vorgang ansieht.

Der Standpunkt Stövers ist auffällig, und seine Berechtigung bleibt zu untersuchen.

Im Falle des § 929 Satz 1 BGB. ist die Rechtsänderung von zwei Erfordernissen abhängig: von der Einigung und Uebergabe. Was versteht das Gesetz unter „Uebergabe", und welches ist ihre juristische Konstruktion?

Uebergabe ist die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes. Sie kann sich auf zweifache Weise vollziehen: durch ein körperliches Geben und Nehmen gemäß § 854 Abs. 1 BGB., sodann aber auch nach § 854 Abs. 2 durch Einigung bei Möglichkeit der Gewaltausübung durch den Erwerber. Daß durch die Uebergabe des § 929 Satz 1 BGB. beide Arten der Besitzübertragung umfaßt werden, die Uebergabe also nicht etwa streng körperlicher Natur zu sein

52) Die gleichen Gründe, die gegen die Meinung Ortliebs sprechen, gelten auch gegenüber Steyert S. 45 ff, der den aus Einigung und Eintragung bezw. Uebergabe gebildeten Vorgang als „Naturalvertrag" bezeichnet; dadurch wird zwar gegenüber Ortlieb eine sprachliche Verbesserung geschaffen, andererseits führt aber auch die Ansicht Steyerts in ihren letzten Folgerungen zu einer Verwischung von obligatorischem und dinglichem Vertrag.

53) Stöver S. 178.

54) §§ 229 Satz 1, 1032 Satz 1, 1205 Satz 1 BGB.

braucht,[55] ist herrschende Ansicht[56] und dürfte angesichts der Erwägung unzweifelhaft sein, daß sonst eine Besitzeinräumung nicht streng körperlicher Art zwar den Besitz übergehen lassen würde, aber nicht trotz aller Einigung beider Vertragsteile über den Eigentumsübergang das Eigentum.[57]

Insoweit sich nun die Uebergabe des § 929 Satz 1 BGB. gemäß § 854 Abs. 2 BGB. vollzieht, ist sie logischerweise aus den gleichen Gründen wie die Besitzübertragung des § 854 Abs. 2 BGB. ein Vertrag.[58]

Demgegenüber steht die Besitzübertragung durch körperliches Geben und Nehmen gemäß § 854 Abs. 1. Hier ist das körperlich-räumliche Gewalterfordernis, der Uebergang der tatsächlichen Gewalt, als das Hauptmoment des Besitzübertragungsvorgangs anzusehen; das Willenselement tritt in den Hintergrund, wennschon es nicht völlig ausgeschaltet ist, was sich in dem Wort „übergibt“ zeigt. Geben und Nehmen sind Formen von Willensäußerungen des Tradenten und des Erwerbers, dergestalt, daß der Tradent den Besitz aufgeben und auf den Bewerber übertragen, dieser den Besitz erwerben will, aber nur mit Hilfe und Willen des Tradenten.[59] Somit liegen zwei Willenserklärungen vor, die sich auf das gleiche Ziel, nämlich die körperliche Besitzübertragung, beziehen und darin vereinigen. Ist somit festgestellt, daß auch bei der Uebergabe von Hand zu Hand eine „Einigung“ erfolgt, so ist jedoch noch nicht gesagt, daß diese Einigung einen Vertrag darstellt. Damit dies der Fall sein soll, müssen die in der Einigung zusammengeschlossenen Willenserklärungen auf den gleichen rechtlichen Erfolg gerichtet sein. Gerade bei der gemäß § 854 Abs. 1 erfolgenden Besitzübertragung fehlt es aber an diesem allen Verträgen wesentlichen Erfordernis. Der Erfolg, auf den sich die „Willenserklärungen“, im Geben und Nehmen verkörpert, beziehen, ist nicht ein rechtlicher, sondern ein tatsächlicher. Beide „Willenserklärungen“ wollen eine und dieselbe bestimmte tatsächliche Lage des übergebenen Gegenstandes herstellen. Während sich die Willenserklärungen des § 854 Abs. 2 BGB. auf tatsächliche Momente überhaupt nicht erstrecken können, da solche beim Besitzübertragungsvorgang, der sich lediglich durch eine Einigung vollzieht, nicht vorhanden sind, äußert sich im

55) Gierke a. a. O. § 133, III S. 547.
56) Biermann Anm. 2 a zu § 929 S. 199; Cosack II § 36 I 1 a S. 145; Enneccerus II, 1 § 11 und § 66 I, 1; Rosenberg II, 1 zu § 854; Staudinger Bem. III, 1 zu § 921 S. 441; Stöver S. 165; Zitelmann in JheringsJ. 70, 8.
57) Biermann Bem. 2 a zu § 929 S. 199.
58) S. 19 dieser Abhandlung.
59) Bruns S. 73 ff; Zitelmann in JheringsJ. 70, 7 f.

Falle des § 854 Abs. 1 BGB. der Wille selbst in körperlichen Handlungen zum Zwecke eines körperlich-tatsächlichen Erfolges. Damit sind aber die Erfordernisse des Vertrages bei der Besitzübertragung nach § 854 Abs. 1 BGB. nicht erfüllt, und es ist der auch hier vorhandene im Geben und Nehmen enthaltenen „Einigung" der Vertragscharakter abzusprechen.[60]

Damit dürfte die Ansicht Stövers[61] widerlegt sein, der zufolge die im Nehmen und Geben verkörperten Aeußerungen echte Willenserklärungen und an sich geeignet seien, einen Vertrag zu bilden. Auf Grund des unrichtigen Ergebnisses kommt Stöver weiter zu dem Schluß, daß der zusammen aus Einigung und Uebergabe gebildete Vorgang des § 929 Satz 1 BGB. den dinglichen Vertrag ausmache. Diese Meinung läßt sich mit der früher gegebenen Begriffsbestimmung des Vertrages nicht vereinigen. Es ist ausgeführt worden, daß Bestandteile eines Vertrages nur solche Elemente sein können, die den typischen Inhalt eines Vertrages zu bestimmen vermögen. Dies trifft für die Uebergabe nicht zu. Sie ist zur Uebereignung, Pfandbestellung und Einräumung eines Nießbrauchs an beweglichen Sachen erforderlich. In allen drei Fällen kann sie sich in gleicher Weise vollziehen, ohne daß aus ihr ersichtlich wird, welchem der verschiedenen Rechtszwecke sie dient.[62] Daraus ergibt sich, daß die Uebergabe für den Inhalt des vorgenommenen Geschäfts ohne Bedeutung ist und daher aus dem Vertragstatbestand ausgeschaltet werden muß, gleichgültig, ob sie selbst ein Vertrag gemäß § 854 Abs. 2 oder ein Realakt gemäß § 854 Abs. 1 ist.

Daß die Uebergabe nicht eine bloße Erscheinungsform der Einigung, sondern ein dieser gleichgestelltes, selbständiges Erfordernis der Rechtsänderung ist, woraus Stöver ebenfalls ein Argument für seine Ansicht herleiten will, sagt nichts dagegen, daß die Einigung des § 929 Satz 1 BGB. schon allein Vertragscharakter hat. Irgendwelche Unterschiede in dieser Beziehung zwischen Uebergabe und Eintragung sind nicht ersichtlich, da auch diese sich als ein rechtsbegründendes Erfordernis und nicht als eine bloße Form der Einigung darstellt.[63] Wenn Stöver[64] weiter bemerkt, daß die Ueber-

---

60) Biermann Bem. 2 a zu § 929 S. 199; Cosack II § 7 I, 1 S. 25; Enneccerus II, 1 § 11, 1; Gierke II, 232; RGRKomm. Bem. 4 zu § 929 S. 238; Rosenberg Bem. I, 3 zu § 854 S. 28; Staudinger III Bem. I, 2 c zu § 854; Zitelmann in JheringsJ. 70, 7 f und 23.

A. A: Trapp S. 86; Stöver S. 169 f. Bruns nennt die „Einigung" des § 854 Abs. 1 „vertragsähnlich" (S. 74), er erkennt aber an, daß mit dem Worte Vertrag nur die Vereinigung zweier technischer Willenserklärungen bezeichnet würde; das wird offenbar von Stöver und Trapp verkannt.

61) Stöver S. 169 f.

62) Stöver S. 173.

gabe als ein selbständiger Faktor der Einigung nicht als Rechtsbedingung untergeordnet werden könne, so ist das ebenso zutreffend wie bei der Eintragung. Uebergabe und Eintragung sind Tatbestandsmomente der dinglichen Rechtsänderung, nicht aber des dinglichen Vertrags.[65]

Als letztes Argument für seinen Standpunkt führt endlich Stöver das zeitliche Verhältnis an, in dem die Einigung zur Uebergabe stehen müsse. Von den drei Fällen, daß nämlich die Einigung der Uebergabe vorausgehe, ihr nachfolge, oder gleichzeitig mit ihr erfolge, hält er für einen Eigentumserwerb gemäß § 929 Satz 1 nur den letzten als gegeben,[66] und er folgert aus dem zeitlichen Zusammenfallen von Einigung und Uebergabe, daß beide einen einheitlichen Akt, nämlich den dinglichen Vertrag, bilden.

Es dürfte indessen nicht zutreffen, daß Einigung und Uebergabe zeitlich zusammenfallen müssen, um die Eigentumsübertragung gemäß § 929 Satz 1 BGB. zu bewirken. Während § 929 Satz 2 den Fall regelt, daß die Einigung der Uebergabe folgt,[67] umfaßt § 929 Satz 1 BGB. auch die Fälle der Eigentumsübertragung, in denen die Einigung der Uebergabe vorausgegangen ist. Für die gegenteilige Ansicht bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Es fordert mit dem „Einigsein“ nichts weiter, als daß eine früher stattgefundene Einigung der Parteien auch noch bei der Uebergabe vorhanden sein muß.[68]

Selbst wenn aber nach Stöver Einigung und Uebergabe im Sinne des § 929 Satz 1 zusammenfallen müßten, wäre damit noch kein Beweis dafür erbracht, daß Uebergabe und Einigung dann in einem einheitlichen Akt zusammenzufassen seien und daher auch nur zusammen den sachenrechtlichen Vertrag bildeten. Mit Recht bemerkt Trapp,[69] daß man konsequenterweise, selbst wenn man in der Uebergabe des § 929 Satz 1 BGB. immer einen Vertrag sehe, in der Uebergabe und dem Einigsein des § 929 Satz 1 BGB. zwei begrifflich verschiedene Verträge annehmen müsse, die wohl äußerlich schwer erkennbar sein könnten, wohl aber vorhanden seien.

---

63) Biermann Bem. 2 a zu § 929 S. 199; Endemann § 19 Nr. 2 b S. 90 und § 80 Nr. 3 S. 521; Staudinger III, Bem. I, 2 zu § 929 S. 438 f, Bem. III S. 441.

64) Stöver S. 172 f.

65) Oertmann, Rechtsbedingung S. 10.

66) Stöver S. 174 ff, 177; Enneccerus II, 1 § 66 I, 4.

67) Planck Bem. 2 b zu § 929 S. 361; Enneccerus II, 1 § 66 II.

68) Biermann Bem. 2 b zu § 929 S. 199 f; Cosack II § 36, 1 b S. 146; Staudinger Bem. II, 1 b zu § 929; RGRKomm. Bem. 5 S. 239 zu § 929; v. Tuhr I S. 176, Anm. 18; Zitelmann in JheringsJ. 70, 10 ff; Herwig S. 22; Simon S. 15 f. Anm. 1; Trapp S. 89.

69) Trapp S. 89.

Die Einwendungen Stövers gegen die Vertragsnatur des Einigseins des § 929 Satz 1 haben sich danach nicht als gerechtfertigt erwiesen.

Bezüglich der Einigung des § 929 Satz 2 BGB. gilt das gleiche wie bei der Einigung des § 854 Abs. 2 BGB.

Zusammenfassend ist zu bemerken, daß überall da, wo das Gesetz im Sachenrecht von Einigung und Einigsein spricht, ein dinglicher Vertrag vorliegt.[70]

II.

Kann die sachenrechtliche Einigung mit dem obligatorischen Grundgeschäft ein Gesamtgeschäft im Sinne des § 139 BGB. bilden.

§ 3.

Die Voraussetzungen des § 139 BGB.

Eine der zahlreichen Streitfragen, die sich an die sachenrechtliche Einigung knüpfen, handelt davon, ob und bejahendenfalls wann die Einigung zu dem obligatorischen Grundgeschäft, als dessen Erfüllung sie sich darstellt, in ein dem § 139 BGB. entsprechendes rechtliches Verhältnis gebracht werden kann, dergestalt, daß sie mit dem Verpflichtungsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft bildet.

Die Bestimmung des § 139 BGB. lautet: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde?“

Der Begriff der Teilarbeit ist nach zwei Seiten einzuschränken. Aus der Bestimmung des § 139 BGB. ergibt sich, daß unter Umständen, die entweder im Wege der Auslegung oder durch die Beweisführung der Parteien darzutun sind, nach Abtrennung des nichtigen Teils des Rechtsgeschäfts ein Rest zurückbleiben soll, der als selbständiges Rechtsgeschäft bestehen kann. Damit ist zunächst die Anwendbarkeit des § 139 BGB. insoweit zu verneinen, als sich die Teilbarkeit auf wesentliche Bestandteile des Rechtsgeschäfts[1] bezieht;

---

70) Nochmals sei hier auf die bei der Einigung des § 854 Abs. 2 gemachten Einschränkungen bezüglich ihrer d i n g l i c h e n Vertragsnatur hingewiesen (S. 15 f und S. 19 f dieser Abhandlung).

1) S. 8 und 10 dieser Abhandlung.

denn kommt ein solcher in Wegfall, so stürzt der Rest in seinem rechtsgeschäftlichen Bestand überhaupt zusammen.[2]

Weiter sind von der Betrachtung des § 139 auch die zusammengesetzten rechtsgeschäftlichen Tatbestände auszuschließen. Diese sind, wie früher ausgeführt,[3] dann gegeben, wenn zu einem aus Willenserklärungen gebildeten Vertrage, dem engeren rechtsgeschäftlichen Tatbestand weitere Erfordernisse hinzukommen müssen, um den beabsichtigten Rechtserfolg auszulösen. Beispielsweise gehören aus dem Gebiet des Sachenrechts die Eintragung und Uebergabe hierher, die erst in Verbindung mit der Einigung, dem dinglichen Vertrage, die gewollte sachenrechtliche Wirkung herbeiführen können.

Eine weit verbreitete, hier nicht geteilte Ansicht, die erst den erweiterten rechtsgeschäftlichen Tatbestand, also z. B. Einigung und Eintragung oder Einigung und Uebergabe als den dinglichen Vertrag anerkannt,[4] muß folgerichtig zu dem Ergebnis gelangen, daß die Eintragung und Uebergabe Teile dieses Geschäfts im Sinne des § 139 BGB. sind; denn auch bei Fortfall der Einigung infolge Nichtigkeit können Eintragung und Uebergabe an sich bestehen bleiben und rechtliche Wirkung ausstrahlen, die ihnen eigentümlich sind.[5]

Diese Ansicht verneint die Anwendbarkeit des § 139 auf die erweiterten rechtsgeschäftlichen Tatbestände mit der Begründung,[6] daß zwar Eintragung und Uebergabe gewisse selbständige Wirkungen hätten, aber der eigentlich bezweckte Erfolg, nämlich die Eigentumsübertragung, durch sie allein niemals erreicht werden könne. Somit sei der § 139 in diesen Fällen nicht anwendbar, da das Ausbleiben der gewollten Wirkung nicht auf den Parteiwillen, sondern auf Gesetz und Logik beruhe.

Diese Begründung erscheint gekünstelt und findet im Gesetz keine Stütze. § 139 BGB. bestimmt, daß unter Umständen der Rest des Rechtsgeschäfts bestehen bleiben soll. Das ist aber auch bei der erfolgte Eintragung und Uebergabe der Fall. Im Gesetzt findet sich kein Hinweis darauf, daß der Rest die gewollte G e s a m t wirkung des erweiterten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, also z. B. die Eigentumsübertragung, herbeiführen müsse, und es nicht genüge, daß er sonstige selbständige Wirkung zeitige.

---

2) André S. 6 und 8; RGRKomm. Bem. 1 zu § 139, S. 227; Planck Bem. 1 zu § 139 S. 370; RG. 78, 120; 93, 338.

3) S. 7 dieser Abhandlung.

4) § 2 dieser Abhandlung.

5) z. B. verschafft die Uebergabe Besitz, die Eintragung erweckt den Schein des Eigentums, auf den sich der Schutz gutgläubiger Dritter gründet.

6) André S. 7 f.

Vertritt man dagegen die Ansicht, daß die Einigung allein ein Rechsgeschäft ist,[7] so bereitet es keine Schwierigkeit, die Anwendbarkeit des § 139 auf die erweiterten rechtsgeschäftlichen Tatbestände zu verneinen; denn Eintragung und Uebergabe können nicht Teile eines Rechtsgeschäfts sein, da sie selbst außerhalb desselben stehen.

Nach den gemachten Einschränkungen erscheint ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 nach zwei Richtungen als teilbar: 1) in subjektiver Beziehung, wenn sich auf der einen oder anderen oder auf beiden Vertragsseiten eine Mehrheit von Personen am Vertragsschluß beteiligt und nur gegenüber einem der Beteiligten die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vorliegt,

2) in objektiver Beziehung, wenn der Gegenstand der Leistung selbst teilbar und bezüglich eines Teils die Leistung nichtig ist[9] oder wenn ein sich über längere Zeit erstreckender Vertrag für eine gewisse Dauer unwirksam ist,[10] oder endlich, wenn mehrere in sich abgeschlossene Verträge nach dem Willen der Parteien zu einem einheitlichen Gesamtgeschäft verbunden werden und einer dieser Verträge nichtig[11] ist.

Für die weitere Betrachtung ist nur der letzte Fall von Bedeutung. Das Gesamtgeschäft ist hier dergestalt zu denken, daß in ihm mehrere selbständige Verträge, die inhaltlich und ihrer rechtlichen Struktur nach durchaus verschieden sein können,[12] durch den Willen der Parteien zu einem einzigen Geschäft verbunden sind. Angesichts einer reichhaltigen Rechtsprechung erübrigt es sich, einzelne Beispiele für die Mannigfaltigkeit der Zusammensetzungen herauszugreifen.

Wann zwei Rechtsgeschäfte zu einem Gesamtgeschäft vereinigt sind, läßt sich aus dem Gesetz nicht ermitteln. Bei der Feststellung, ob ein solches vorliegt, ist nach objektiven und subjektiven Gesichtspunkten zu unterscheiden.

Unbedingt erforderlich ist „Einheit des Abschlußtatbestandes";[13] denn sind die Geschäfte zeitlich getrennt vorgenommen, so können sie auch nachträglich nicht mehr zu Teilen e i n e s Rechtsgeschäfts werden. Zutreffend bemerkt aber André:[14] „Hinsichtlich der An-

---

7) S. 28 f dieser Abhandlung.
8) RG. 62, 186; 88, 412; 99, 53 mit Nachweisen.
9) Enneccerus I, 1 § 139 IV b; Oertmann Bem. 2 a zu § 139 S. 508; Soergel I. Bem. I, 2 zu § 139 S. 152.
10) Staudinger Bem. 2 e zu § 139 S. 588; Oertmann Bem. 2 b zu § 139 S. 508; RG. 82, 124.
11) RG. 62, 185; 79, 436; 97, 220; 86, 223..
12) Planck Bem. 1 zu § 139 S. 371; RG. 78, 43; 79, 436.
13) André S. 20; Oertmann Bem. 5 b zu § 139 S. 508; RG. 86, 324.

nahme eines zeitlich einheitlichen Vorgangs wird man nicht zu engherzig sein dürfen. Wichtige Geschäfte ... werden häufig stückweise in längeren, oft tagelang währenden Verhandlungen erledigt. Auch wenn das Gesamtergebnis nicht zum Schluß in einer Vertragsurkunde zusammengefaßt sein sollte, wird man in solchen Fällen den Anschauungen der Beteiligten und den Bedürfnissen vielfach am besten durch die Annahme eines einheitlichen Vorganges, eines Gesamtgeschäfts im Sinne des § 139 gerecht.“ Zweckmäßig wird man also die Gleichzeitigkeit der Geschäftsvornahme dahin zu verstehen haben, daß das zweite Geschäft spätestens „unverzüglich“ nach dem ersten abgeschlossen sein muß. In diesem Falle wird man unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die mehreren Geschäfte oft eine Verschiedenartigkeit der Geschäftsvornahme erfordern (z. B. Mündlichkeit, Schriftlichkeit, notarielle oder gerichtliche Beurkundung), immer noch eine „Einheit des Abschlußtatbestandes“ anerkennen. Zu dieser erweiterten Auslegung des Begriffs der tatsächlichen Einheit dürfte man umsomehr berechtigt sein, als die Bildung eines Gesamtgeschäfts ausschließlich vom Parteiwillen abhängt, der, als primärer Faktor des § 139, nicht lediglich aus formalen Gründen beschränkt werden kann. Da die Zusammenfassung mehrerer Geschäfte zu einem einzigen ausschließlich im Belieben der Parteien steht, ist die Erforschung dieses Willens und die Beweisführung der Parteien von hervorragender Bedeutung.[15] Nicht genügt es, daß die Parteien die Rechtsgeschäfte, die ein Gesamtgeschäft bilden sollen, in ein inneres wirtschaftliches[16] oder sonstiges tatsächliches Verhältnis zusammenschließen, vielmehr muß ihr Wille auf einen rechtlichen Zusammenhang gerichtet sein; „dies ist dann der Fall, wenn das eine Geschäft nicht ohne das andere, also weder das eine noch das andere allein für sich abgeschlossen worden wäre, so daß auch die Leistungspflichten aus den beiden Geschäften in innerer Beziehung zueinander stehen.“[17]

Neben dem primären Element des § 139, dem Parteiwillen, spielen aber auch tatsächliche Momente eine gewisse Rolle. Die tatsächliche Einheitlichkeit — mag sie auf wirtschaftlichem Zusammenschluß der Geschäfte beruhen oder mögen diese in einer Gesamturkunde zusammengefaßt oder in einer einheitlichen Handlung vor-

14) André S. 22.

15) Grundsätzlich hat derjenige, der sich bei Nichtigkeit eines Vertragsteils auf die Nichtigkeit des ganzen Vertrages beruft, zu beweisen, daß ein Gesamtgeschäft zustande gekommen ist. André S. 27; RG. 79, 438; 103, 297.

16) Oertmann Bem. 2 b zu § 139 S. 508; Planck I Bem. 1 zu § 139 S. 371; Soergel I Bem. 2 zu § 139 S. 152; RG. 78, 43; 79, 436.

17) André S. 20; RGRKomm. Bem. 1 zu § 139 S. 229; Riehl im Recht 1923 S. 92, RG. 97, 222, 103, 298; RG. in JW. 1924, 1507; RG. Warn. 1924 Nr. 99.

genommen werden — kann eine Vermutung dafür ergeben, daß ein Gesamtgeschäft vorliegt. Wer dann das Gegenteil behauptet, trägt die Beweislast.[18]

Die weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 139 ist die Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts. Da der Begriff der Nichtigkeit für alle Nichtigkeitsfälle ein feststehender und gleichmäßiger ist, ist die Art des Nichtigkeitsgrundes gleichgültig. „Nichtig ist ..... jedes Rechtsgeschäft, dem die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge endgültig versagt ist.“[20] Dieses Schicksal teilen auch die anfechtbaren und angefochtenen Rechtsgeschäfte (§ 142 BGB.), auf die, wie nicht bestritten ist, § 139 ebenfalls Anwendung findet.[21]

Sinngemäß wird man aber auch den § 139 dann anwenden müssen, wenn es sich um unwirksame Rechtsgeschäfte handelt. Insbesondere ist hierbei an schwebend unwirksame Geschäfte zu denken, bei denen die Genehmigung Dritter oder von Behörden zur Wirksamkeit erforderlich ist. In einer Entscheidung im Bd. 51, 35 hat das RG. den § 139 bei Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung angewandt, andererseits bei Versagung der nachlaßgerichtlichen Genehmigung die Anwendbarkeit des § 139 verneint.[22] Ebenso hat das KR.[26] bei Versagung der Genehmigung des Pflegers entschieden. Dann wieder hat das RG. in einer Entscheidung in RG. 51, 422 den § 139 bei einem nach § 181 BGB. teilweise ungültigen Geschäft angewandt und in RG. 93, 338 bemerkt, daß, da § 139 bei nichtigen Rechtsgeschäften zur Anwendung komme, dies „erst recht von unwirksamen gelten muß“.

Ein Grund für eine abweichende Regelung ist nicht ersichtlich. Die Sachlage bei den nichtigen Rechtsgeschäften ist die gleiche wie bei den unwirksamen, insbesondere den genehmigungsbedürftigen, vorausgesetzt, daß die Genehmigung endgültig versagt bleibt: hier wie dort können die gewollten Rechtsfolgen nicht eintreten. Somit dürfte die Anwendung des § 139 auch auf unwirksame Rechtsgeschäfte auszudehnen sein.[24]

---

18) André S. 20 ff.

19) RGRKomm. Bem. 1 zu § 125 S. 183, Bem. 1 zu § 139 S. 230; André S. 30; Planck I Bem. 1 a zu § 139 S. 371.

20) Enneccerus I, 1 § 189 I.

21) André S. 30/31; Enneccerus I, 1 § 189 IV d; Oertmann Bem. 4 zu § 139 S. 512; Planck Bem. 1 a zu § 139 S. 73; RGRKomm. Bem. 1 zu § 139 S. 230; Staudinger Bem. 3 zu § 139 S. 588; RG.62, 186.

22) RG. 94, 61.

23) OLG. 22, 144.

24) Fischer S. 8 ff; André S. 31; Oertmann, Bem. 4 zu § 139 S. 512; Staudinger I Bem. 3 zu § 139 S. 589.

§ 4.

Die sachenrechtliche Einigung und das obligatorische Grundgeschäft können ein Gesamtgeschäft im Sinne des § 139 BGB. bilden.

Wenn die Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte zu einem einheitlichen Geschäft im Sinne des § 139 BGB. in das Belieben der Parteien gestellt ist, so muß es grundsätzlich auch möglich sein, das kausale Verpflichtungs- und sein abstraktes Erfüllungsgeschäft zu einem Gesamtgeschäft zusammenzufassen.

Dies wird in der Wissenschaft mehrfach verneint.[1]

Natter[2] begründet seinen ablehnenden Standpunkt etwa folgendermaßen: Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft, die zueinander im Verhältnis von Zweck der Zuwendung und Zuwendung selbst ständen, seien ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach völlig verschieden. Dementsprechend könnten auch die Parteierklärungen des obligatorischen Geschäfts nur auf die Begründung einer Verpflichtung und ihren Inhalt gerichtet sein, während andererseits die Willenserklärung des sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfts lediglich dazu bestimmt seien, die Art der Erfüllung zu bezeichnen und diese selbst herbeizuführen. Ein Vertragstypus, der beide Elemente, nämlich das kausale und abstrakte, vereinige, sei dem geltenden Recht fremd. „Aus der reinlichen Scheidung und Isolierung spezifisch verschiedenartiger Rechtswirkungen" folge, „die Scheidung und Isolierung der rechtsgeschäftlichen Tatbestände", die selbst bei einem „noch so intimen Zusammenhang" nicht als Teile eines Rechtsgeschäfts anzusehen seien.

Offenbar verkennt Natter das Wesen des Gesamtgeschäfts im Sinne des § 139, wenn er einwendet, es sei ein im geltenden Recht unbekannter Vertragstypus, der dingliche und obligatorische Elemente vereinige. Die Verbindung des Grund- und Erfüllungsgeschäfts zu einem einheitlichen Geschäft bildet überhaupt keinen besonderen Vertragstypus, was sich schon aus der Stellung des § 139 im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt. Es kann bei der Bildung eines Gesamtgeschäfts auch nicht davon die Rede sein, daß etwa das obligatorische Geschäft ein Teil des dinglichen wird oder umgekehrt.[3]

---

1) Biermann Vorbem. 5 S. 4 f; Ernst Bruck S. 65; Ludwig Goldmann in Gruch. Beitr. 56, 161 ff; Goldmann-Lilienthal II § 34 S. 210; Lentschütz, DIZ. 08 S. 431; Marcuse, Gruch.Beitr. 66, 159 ff; Natter S. 74 ff; Nissen IW. 04 S. 348; Rosenberg Erl. III 2 e zu § 873 S. 181; Soergel I Bem. 1 zu § 139; Staffel S. 366 ff; v. Tuhr II, 1 § 56 S. 286

2) Natter S. 73 ff.

3) Diese unzutreffende Auffassung bildet auch einen der Gründe für die ablehnende Haltung Rosenbergs.

Zweifellos ist, was auch hier immer hervorgehoben worden ist, daß das Erfüllungs- und Verpflichtungsgeschäft ihrem Inhalt nach völlig verschieden sind, und demgemäß sich auch nur aus solchen Erklärungen zusammensetzen können, die ihrem Wesen angepaßt sind. Jedoch gerade in der Verbindung mehrerer in sich geschlossener Verträge, die sich inhaltlich und ihrer Struktur nach unterscheiden, findet der § 139 sein größtes Anwendungsgebiet.[4] Auch die abstrakte Gestaltung des Erfüllungsgeschäfts, seine Loslösung vom Kausalgeschäft, bildet kein zwingendes Argument gegen eine Verbindung beider Geschäfte im Sinne des § 139. Zwar muß zugegeben werden, daß die Abstraktheit des Leistungsgeschäfts im Bürgerlichen Gesetzbuch zum Prinzip erhoben worden ist,[5] jedoch ist dieses Prinzip auch im Gesetz nicht völlig durchgeführt; denn soweit die Vornahme eines abstrakten Geschäfts unter Hinzufügung einer Bedingung nicht ausgeschlossen ist (§ 925 Abs. 2 BGB.), kann die Wirksamkeit des Grundgeschäfts als Bedingung zu dem abstrakten Geschäft hinzutreten. In diesem Falle ist dann aber das dingliche Geschäft seiner abstrakten Natur entkleidet.[6] Abgesehen von dieser Einschränkung des Prinzips der Abstraktheit des Leistungsgeschäfts bildet aber auch die rechtspolitische Ursache der abstrakten Gestaltung des Erfüllungsgeschäfts keinen Grund, eine Zusammenfassung desselben mit dem Verpflichtungsgeschäft im Sinne des § 139 abzulehnen. Auszugehen ist davon, daß das Prinzip der Abstraktheit nicht um seiner selbst willen vom Gesetzgeber aufgestellt worden ist. Ihr Zweck besteht darin, die Offenkundigkeit der Sachenrechtslage herbeizuführen und den Rechtsverkehr durchsichtig zu gestalten.[7] Dadurch soll eine Sicherheit des Rechtsverkehrs für alle die Personen geschaffen werden, die jeweils an ihm beteiligt sind: in Betracht kommen hierfür einmal die Parteien selbst, dann aber Dritte, die zu den Parteien in rechtliche Beziehungen treten. Ein Schutz Dritter ist nur dann zu berücksichtigen, wenn sie gutgläubig sind. Diese Forderung hat das Gesetz in positiven Bestimmungen erfüllt (z. B. in den §§ 892, 893, 932 ff. BGB.). Insoweit bedarf es also den Abstraktheit des Erfüllungsgeschäfts im Sachenrecht nicht.[8] Eine darüber hinausgehende Anwendung des Satzes, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft abstrakt sein müsse, kann jedenfalls

---

4) S. 31 dieser Abhandlung.
5) Mugdan III S. 4 f und 522.
6) Enneccerus II, 1 § 38, 4.
7) Litten S. 497; Enneccerus I, 1 § 139 I 5 b.
8) Ueber den Zusammenhang zwischen abstrakter Gestaltung der Rechtsgeschäfte und den Schutz des guten Glaubens Dritter vgl. Litten a. a. O.; Neubecker S. 43.

nur noch den Zweck haben, die Parteien selbst zu schützen. Begeben sich diese aber freiwillig des Schutzes, indem sie das Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zu einem Gesamtgeschäft im Sinne des § 139 zusammenfassen und damit das Leistungsgeschäft in Abhängigkeit von der Wirksamkeit des Grundgeschäfts bringen, so hat die abstrakte Gestaltung des Leistungsgeschäfts keine Berechtigung mehr. Die Abstraktheit eines Rechtsgeschäfts aber nur aus prinzipiellen Gründen aufrechtzuerhalten, widerspricht der eigentlichen Bedeutung eines jeden Rechtsgeschäfts, dessen einziger Zweck darin besteht, die rechtlichen Beziehungen der Parteien zu einander zu regeln und ihren Interessen insoweit zu dienen, als sie deren Berücksichtigung wollen und das Gesetz ihrem Wollen nicht entgegensteht. Eine gesetzliche Bestimmung aber, die eine Verbindung von kausalem und abstraktem Geschäft verbietet, besteht nicht. Liegt es danach im Willen der Parteien, ein Gesamtgeschäft aus Grund- und Leistungsgeschäft zu bilden, so wird man, da die Interessen Dritter im Gesetz genügend Schutz gefunden haben, nicht aus prinzipiellen Gründen allein den Parteiwillen ignorieren können.[9]

Auch Staffel[10] lehnt die Verbindung von Verpflichtungs- und Leistungsgeschäft ab. Er unterscheidet bei den abstrakten Geschäften solche, die „künstliche Erzeugnisse des positiven Rechts" sind, von denen, die auf Grund des Parteiwillens abstrakt gestaltet worden sind. Zu letzteren rechnet er z. B. den Erlaß- und Anerkenntnisvertrag, zu ersteren gehörten die dinglichen Verträge. Die gesetzgeberischen Gründe für ihre Abstraktion seien in der Erhöhung der Verkehrssicherheit zu suchen. Sie seien also aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten begründet, und die Bestimmungen, die ihre Regelung enthielten, gehörten somit dem öffentlichen Recht an. Daher könne aber der § 139, der „den Parteiwillen zum entscheidenden Faktor stempelt", also eine privatrechtliche Vorschrift sei, auf öffentlichrechtlichem Gebiet keine Anwendung finden.

Insoweit die Begründung Staffels in der Abstraktheit des dinglichen Geschäfts einen Grund zur Ablehnung des § 139 sieht, ist sie bereits durch das vorher Gesagte widerlegt. Nicht zuzustimmen ist Staffel weiter darin, daß die Vorschriften über dingliche Verträge öffentlichrechtlichen Charakter haben und deshalb eine Anwendung des § 139 nicht zulassen. Wenn auch die Abstraktion des Leistungsgeschäfts aus Gründen der Rechtssicherheit geschaffen ist, damit also zweifellos Interessen dient, die über die der Parteien hinausgehen,

9) Vgl. André S. 17; Werneburg, ZBlFG. 18, 373.
10) Staffel S. 366 ff

also einen gewissen öffentlichen Schutz gewährleisten sollen, so hat dies jedenfalls mit öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten nichts zu tun. Ebensowenig sind aber auch die Bestimmungen über sachenrechtliche Verträge öffentlichrechtlicher Natur; denn sie sind dazu bestimmt, die Beziehungen von einander rechtlich gleichgestellten Personen zu regeln, während öffentlichrechtliche Normen gerade von dem Prinzip der Ueber- und Unterordnung ausgehen.[11]

Ein besonderes Bedenken gegen die Anwendung des § 139 macht Goldmann[12] geltend. Er geht davon aus, daß zum Tatbestand des § 139 die gleichzeitige Vornahme von Kausal- und Erfüllungsgeschäft erforderlich sei. Oft entscheide aber nur der Zufall darüber, ob die beiden Geschäfte in zeitlicher Trennung oder gleichzeitig vorgenommen würden. In beiden Fällen sei aber die Einheitlichkeit, „nämlich der Zusammenhang und die Abhängigkeit der beiden Geschäfte nach dem Parteiwillen“, in gleicher Weise vorhanden. Würde aber nur bei einheitlicher Vornahme der Geschäfte § 139 Anwendung finden, so würden gleichartig gelagerte Fälle verschieden behandelt. Man müsse daher, um jeden Zufall bei der rechtlichen Beurteilung auszuschließen, an der Unanwendbarkeit des § 139 auf das Erfüllungsgeschäft festhalten. Goldmann zieht zur Erläuterung folgenden Fall heran:[13] „Kaufvertrag und Auflassung sollen ... gleichzeitig von einem Notar beurkundet werden; da sich aber herausstellt, daß wegen einer im Gange befindlichen Neumessung die kataster- und flurbuchmäßige Bezeichnung der zu verkaufenden Grundfläche zur Zeit unmöglich ist, entschließt man sich, einstweilen den Kaufvertrag zu verbriefen und läßt die Auflassung, sobald das Hindernis behoben, nachfolgen.“ Goldmann meint, daß hier der Parteiwille hinsichtlich des Zusammenhangs der beiden Rechtsgeschäfte dadurch, daß man sie wegen eines formalen Hindernisses zeitlich trennen müsse, gewiß kein anderer geworden sei, als wenn man sie gleichzeitig vorgenommen hätte. Trotzdem wäre bei Unwirksamkeit des Kaufgeschäfts in einem Falle die Verfügung gültig, im anderen nichtig, wolle man den § 139 heranziehen. Zur weiteren Begründung wird von Goldmann[14] eine Bemerkung Kaufmanns herangezogen. Dieser meint:[15] ein einheitliches Geschäft liege auch dann vor, wenn die Parteien den Grundstückskauf von einem Notar beurkunden ließen und sich dann mit dem Notariatsprotokoll zum

11) Hatschek S. 13 f.
12) Goldmann in GruchBeitr. 56, 161 ff. insbes. 170 ff.
13) Goldman S. 172.
14) Goldmann S. 173.
15) Kaufmann S. 394.

Zweck der Auflassung aufs Grundbuchamt begäben; denn Einheit des Beurkundungsaktes sei nicht notwendig. Goldmann stellt die Frage, ob auch dann ein einheitliches Geschäft in dem von Kaufmann gebildeten Fall vorliege, wenn die Parteien einen oder zwei Tage oder selbst eine Woche vorübergehen ließen und welcher zeitliche Zwischenraum zulässig sein solle, um von einer Einheit des Rechtsgeschäfts sprechen zu können.

Goldmann geht von einer zu formalistischen Auffassung des Begriffs der gleichzeitigen Vornahme aus. Nach den oben gemachten Ausführungen[16] dürften die von Goldmann angeführten Fälle keine Schwierigkeiten bereiten.

Ist im ersten Fall festgestellt, daß die Parteien den Willen gehabt haben, ein Gesamtgeschäft zu bilden, so liegt kein Grund vor, die unverzüglich nach Neuvermessung und -bezeichnung der Grundfläche vorgenommene Auflassung nicht als eine Fortsetzung des notariellen Beurkundungsaktes, also beide als eine einheitliche zusammenhängende Handlung anzuerkennen. Durchaus zu billigen ist daher auch das Ergebnis, zu dem Kaufmann im zweiten Fall kommt. Hier kann man nicht fragen, welcher Zeitraum noch ausreichen soll, um ein Gesamtgeschäft anzunehmen, sondern: aus welchen Gründen ist die Auflassung verzögert worden? Und wenn festgestellt ist, daß die Parteien ein Gesamtgeschäft haben vornehmen wollen, — was sich aus der Art der Gründe, dem Inhalt des Geschäfts und überhaupt aus der jeweiligen Auslegung des Falles ergibt —, ist zu ermitteln, ob die Auflassung unverzüglich nach dem Fortfall der Verzögerung erfolgt ist.

Auch das weiter von Goldmann geäußerte Bedenken, daß oft nur der Zufall darüber entscheide, ob ein Gesamtgeschäft vorgenommen würde, ist nicht stichhaltig. Mit Recht bemerkt André: „Ist wirklich die Verbindung nur eine zufällige und äußerliche, so wird sie nach § 139 Halbsatz 2 als bedeutungslos zu behandeln sein.“[17,18] Im übrigen lassen die Ausführungen Goldmanns erkennen, daß er, obschon er aus praktischen Gründen im Ergebnis zur Ablehnung des § 139 gelangt, es rechtlich grundsätzlich für möglich hält, daß das Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zu einem Gesamtgeschäft zusammengeschlossen werden können.[19]

---

16) S. 31 f dieser Abhandlung.

17) André S. 19.

18) Wer behauptet, daß der Rest des Rechtsgeschäfts auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, trägt die Beweislast. André S. 32 und RG. 61, 286.

19) André S .15 ff; Engel S. 79 ff; Enneccerus I, 1 § 189 IV a, II, 1 § 138 II, 4; Grüßmann S. 232; Güthe § 20 Anm .52 S. 533; Kaufmann S. 349; Oertmann

Die Stellung des Reichsgerichts zu der hier behandelten Frage ist keineswegs zweifelsfrei. Auszuschalten sind zunächst alle die Fälle, in denen sich beide Parteien oder ein Vertragsteil der Nichtigkeit des Grundgeschäfts bewußt sind. Hier kann § 139 deshalb nicht Anwendung finden, weil der obligatorische Teil des Gesamtgeschäfts überhaupt keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat, es sich also gar nicht um die Verbindung zweier Rechtsgeschäfte handelt. Bemerkenswert sind hierzu die Ausführungen des Reichsgerichts in RG. 68, 324 f: Fehlt die auf die Rechtswirkung gerichtete Absicht der Parteien, „so liegt ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht vor, weder ein wirksames noch ein unwirksameres. Eine derartige Willenserklärung entbehrt völlig des rechtsgeschäftlichen Charakters. Das gleiche muß aber auch angenommen werden, wenn einer Willensäußerung die Rechtsordnung den etwa bezweckten Rechtserfolg versagt und dies den Beteiligten bekannt ist. Man kann es unbedenklich als ein psychologisches und logisches Erfordernis des nichtigen Rechtsgeschäfts bezeichnen, daß sich die Beteiligten der Nichtigkeit nicht bewußt sind. Sind sie sich der Nichtigkeit bewußt, dann darf und muß ohne weiteres die zum Begriff des Rechtsgeschäfts, auch des nichtigen, erforderliche Richtung des Willens auf Hervorrufung einer Rechtswirkung als ausgeschlossen gelten ... Von der Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäfts kann nicht gesprochen werden, wenn der vermeintlich nichtige Teil überhaupt keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat".

Diese Ausführungen, die zu einem Allgemeingut der Rechtsprechung[20] und Wissenschaft geworden sind, lassen keineswegs den Schluß zu, daß das Reichsgericht ein aus Kausal- und Erfüllungsgeschäft gebildetes Gesamtgeschäft ablehnt. Grund der Ablehnung ist hier vielmehr die unzulässige, durch den § 139 auch in keiner Weise gestützte Verbindung eines Rechtsgeschäfts mit einem Nichtrechtsgeschäft.

Positiv gegen die Anwendung des § 139 hat sich das RG. in seiner Entscheidung in Gruch.-Beitr. 62 Nr. 63[21] ausgesprochen. Es hat seinen Standpunkt damit begründet, daß die inhaltliche Verschiedenheit des obligatorischen und des dinglichen Geschäfts eine selbständige Behandlung beider erfordere, daß von diesem Grundsatz auch bei gleichzeitiger Vornahme der Rechtsgeschäfte nicht abgegan-

---

Bem. 2 b zu § 139 S. 508 f; Planck I Bem. 1 zu § 139 S. 371; Erl. V, 2 zu § 119 S. 288; Erl. I, 3 b zu § 138 S. 363; Predari, Einltg. § 1 II S. 4; RGRKomm., Bem. 2 zu § 139 S. 232; Staudinger I Einltg. V E 2 g S. 406 f; Turnau-Förster Bem. III A zu § 873 S. 101 f,; Warneyer I Bem. II zu § 139 S. 252.

20) RG. in JW. 10, 388 und 22, 119 f; RG. 79, 305; 79 437; RG. in Warn. 1924 Nr. 99; 100; Warn. 1925 Nr. 18; 20; RG. 103, 295; RG. 104, 102 und 298.

21) OLG. Rostock in SeuffA. 66, 353 ebenso.

gen werden könne und daß es im Verkehrsinteresse liege, daß „wenn der Veräußerer sein Eigentum zugunsten des Erwerbers aufgibt und dieser es annimmt, ... das Eigentum auf den Erwerber übergeht".

Die einzelnen Punkte dieser Begründung sind bereits gewürdigt worden. Daß lediglich die gleichzeitige Vornahme beider Geschäfte eine Verbindung im Sinne des § 139 herbeizuführen vermag, ist auch hier verneint worden.[22] Daß aber ein „Verkehrsinteresse" auch dann noch geschützt werden soll, wenn die Parteien selbst kein Interesse daran haben und Dritte infolge des Schutzes ihres guten Glaubens nicht gefährdet sind, dürfte zu weit gehen.[23]

Zwar hat das RG. wiederholt auf die abstrakte Gestaltung des Erfüllungsgeschäfts hingewiesen, die zu seiner Loslösung vom Grundgeschäft nötigt,[24] andererseits aber des öfteren ausdrücklich die Möglichkeit offengelassen, daß § 139 auch auf eine Verbindung beider Geschäfte Anwendung finden könne.[25] Weiter hat das RG. anerkannt, daß das dingliche Geschäft nicht „dergestalt formal"[26] sei, daß es nicht kraft Parteiwillens in angegebener Weise", d. h. durch bedingte Vornahme „in ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem obligatorischen gesetzt werden könnte". Im Bd. 104 S. 103 heißt es aber: „Es bedarf hier nicht der Entscheidung, ob und in welcher Weise diese Selbständigkeit des Erfüllungsgeschäfts durch den Parteiwillen, insbesondere durch Hinzufügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung ... aufgehoben und von der Gültigkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts derart abhängig gemacht werden kann, daß beide als Teile eines Rechtsgeschäfts erscheinen und deshalb nach der Regel des § 139 bei Nichtigkeit des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts auch das Erfüllungsgeschäft nichtig ist".

Diese Entscheidung geht danach weiter als die zuvor genannte; denn sie enthält, wie sich aus dem Wort „insbesondere" ergibt, nicht die Beschränkung, daß eine Verbindung beider Geschäfte nur in Form einer bedingten Vornahme des Erfüllungsgeschäfts möglich ist. Das RG. hat sich endlich auch wieder positiv für die Anwendung des § 139 ausgesprochen.[27]

---

22) S. 32 dieser Abhandlung.
23) S. 35 f dieser Abhandlung.
24) RG. in IW. 1912 Nr. 360; Warn. 1924 Nr. 99; Warn. 1926 Nr. 40.
25) RG. 70, 89,78, 44; 104, 103; Warn. 1924 Nr. 99.
26) RG. 57, 96.
27) RG. 70, 89; 79, 184 f, beide mit Nachweisen; ebenso OLG. Dresden in SeuffA. 65, Nr 112.

Aus dieser keineswegs einheitlichen Stellungnahme des Reichsgerichts[28] wird man jedenfalls nicht folgern können, daß es eine Verbindung von Grund- und Leistungsgeschäft im Sinne des § 139 grundsätzlich ablehnt.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß sich die Bedenken, die gegen eine Verbindung von kausalem und abstraktem Geschäft zu einem Gesamtgeschäft erhoben worden sind, nicht als stichhaltig erwiesen haben, so daß man eine solche Verbindung grundsätzlich bejahen muß.[29]

Weiter ist zu prüfen, ob von dem gefundenen Grundsatz Ausnahmen zu machen sind. Nach der Ansicht von André und Enneccerus[30] soll eine Verbindung von Grund- und Leistungsgeschäft dann unzulässig sein, wenn letzteres nicht bedingt vorgenommen werden kann (z. B. § 925 Abs. 2); denn sowohl beim bedingten wie beim Gesamtgeschäft sei die Lage insofern ähnlich, als in beiden Fällen der Bestand des Erfüllungsgeschäfts von der Wirksamkeit des Grundgeschäfts abhängig gemacht sei.

Dieser Meinung dürfte indessen nicht zu folgen sein angesichts der erheblichen Unterschiede, die zwischen beiden Geschäften bestehen.

Zunächst zeigt sich eine Abweichung in der inneren Einstellung der Parteien zum Kausalgeschäft bei Vornahme des Erfüllungsgeschäfts: 1) beim Abschluß eines Gesamtgeschäfts denken die Parteien nicht an die Ungültigkeit des Kausalgeschäfts, weil sie an seiner Gültigkeit überhaupt nicht zweifeln. Zutreffend bemerkt Goldmann:[31] „Man kann ... zwar davon sprechen, daß die Parteien die Gültigkeit des Kausalgeschäfts bei Vornahme der Verfügung voraussetzen, nicht aber, daß sie wirklich den Willen haben, für den Fall der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts irgend etwas vorzusehen, inbesondere die Rechtswirkung der Verfügung von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts abhängig zu machen."

2) bei Vornahme eines bedingten Erfüllungsgeschäftes wissen die Parteien nicht, ob das Kausalgeschäft gültig bleibt oder ungültig werden könnte, (z. B. infolge Anfechtung), aber sie halten das eine oder andere durchaus für möglich.

---

28) Schwankend ist auch die Haltung des RGRKomm. In Anm. 7 b S. 41/42 zu § 873 wird die Anwendbarkeit des § 139 abgelehnt, aber eine Verbindung von Kausal- und Erfüllungsgeschäft in Form einer bedingten Vornahme des letzteren anerkannt; ebenso RGRKomm. Anm. 1 S. 237 zu § 129. Entschieden für Anwendung des § 139 RGRKomm. Bem. 2 S. 232 zu § 139.

29) S. 39 Anm. 19 dieser Abhandlung.

30) André S. 12 ff; Enneccerus I, 1 § 178 Anm. 16. § 179 III 2, § 189 IV; Enneccerus II, 1 § 38 II, 4 und Anm. 16.

31) Goldmann S. 167 f.

3) Die Parteien wissen, daß das Kausalgeschäft nichtig ist. Dieser Fall scheidet aus: für ein bedingtes Geschäft fehlt es hier an der Ungewißheit und Zukünftigkeit des Ereignisses, nämlich des Ungültigwerdens des Kausalgeschäfts; für ein Gesamtgeschäft fehlt es an der Vornahme irgendeines Rechtsgeschäfts überhaupt; denn bei bewußter Nichtigkeit mangelt es den Parteien am rechtsgeschäftlichen Willen.[32]

Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus der rechtlichen Struktur des bedingten und des Gesamtgeschäfts. Dieses ist teilbar, weil es ermöglicht, daß durch Fortfall des nichtigen Teils der andere Teil weder in seinem rechtsgeschäftlichen Bestande noch inhaltlich berührt wird. Anders beim bedingten Geschäft. Es ist weder logisch teilbar,[33] noch im Sinne des § 139. Zwar kann man es äußerlich in zwei Teile zerlegt denken: in eine unbedingte Willenserklärung, der sofort eine bedingte Willenserklärung hinzugefügt wird.[34] Das bedingte Geschäft in dieser Weise aber zu zerlegen, widerspricht jeder Logik; denn man will nicht zunächst einen Rechtserfolg unbedingt, den man sofort wieder durch eine Bedingung einschränkt. Erst recht nicht im Sinne des § 139 ist das bedingte Rechtsgeschäft teilbar. Fällt die Bedingung z. B. infolge Unsittlichkeit, Unmöglichkeit oder Unzulässigkeit fort, so ist damit das ganze Rechtsgeschäft hinfällig. Selbst wenn es aber bestehen bliebe, so wäre es inhaltlich ein anderes geworden. Zwar sind beim bedingten Rechtsgeschäft lediglich die Rechtswirkungen bedingt,[35] nicht etwa die Elemente des Rechtsgeschäfts; aber auch hier ist der rechtsgeschäftliche Wille durch Aufnahme einer Bedingung von Anfang an eigentümlich gestaltet. Zum Unterschied vom Gesamtgeschäft ist daher das bedingte Rechtsgeschäft als unteilbar anzusehen.

Daraus ergibt sich ein weiterer Unterschied. Fällt die Bedingung fort, so stürzt das ganze Rechtsgeschäft in sich zusammen. Das beruht nicht auf dem Willen der Parteien, sondern auf der Unteilbarkeit des bedingten Rechtsgeschäfts. Andererseits ist es aber auch nicht im Parteiwillen gelegen, das Rechtsgeschäft trotz Wegfalls der Bedingung aufrechtzuerhalten. Anders bei dem Gesamtgeschäft. Hier fällt das ganze Geschäft zusammen, weil es die Parteien so wollen, aber der Rest kann auch bestehen bleiben, wenn es im Willen der

---

32) S. 39 dieser Abhandlung.

33) André S. 24 f, Endemann I § 76 Anm. 6 und § 78 II; Oertmann Bem. 2 b zu § 158 S. 576; Planck Bem. 3 zu § 158 S. 413; Staudinger Vorbem. 4 S. 650; Bem. 7 zu § 158 S. 660 f; v. Tuhr III § 80 II Anm. 25

34) André S. 24: „Ich schenke“; „dies soll nur geschehen, wenn ich gewinne“.

35) Oertmann, Bem. 1 zu § 158 S. 574

Parteien liegt (§ 139 Halbsatz 2). Die Wirkungsmöglichkeit des Gesamtgeschäfts sind danach auf Grund des Parteiwillens mannigfaltiger als beim bedingten Rechtsgeschäft. Da es aber den Parteien freisteht, ob sie ein bedingtes oder ein Gesamtgeschäft abschließen wollen, so ergibt sich, daß wenn ein Gesamtgeschäft vorgenommen wird, die Parteien nicht auf d i e Geschäfte beschränkt bleiben wollen, die die Beifügung einer Bedingung zulassen; denn es stände ihnen in diesem Falle frei, ein bedingtes Geschäft abzuschließen.

Man wird daher auch bei den „bedingungsfeindlichen" Erfüllungsgeschäften eine Zusammenfassung dieser mit dem Grundgeschäft im Sinne des § 139 bejahen müssen.

Auch die Art des Erfüllungsgeschäfts[36] — mag es in der Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache bestehen oder die Besitzübertragung gemäß § 854 Abs. 2 BGB. zum Gegenstande haben — läßt Bedenken gegen eine Verbindung desselben mit dem Grundgeschäft zu einem Gesamtgeschäft nicht aufkommen. Eine Einschränkung ist nur dann zu machen, wenn nach der Besitzübertragung gemäß § 854 Abs. 2 der Erwerber den Besitz auch körperlich ergriffen hat. Hier kann aus tatsächlichen Gründen § 139 nicht Anwendung finden; denn selbst, wenn das Grundgeschäft der Besitzübertragung (z. B. Leihe, Miete) nichtig ist, kann zwar gemäß § 139 auch die Einigung des § 854 Abs. 2 nichtig werden, der körperliche Besitz bleibt jedoch bestehen. Indessen ist dies für die rechtliche Beurteilung der hier zur Entscheidung stehenden Streitfrage ohne Bedeutung.

Abschließend ist festzustellen, daß, sofern die Voraussetzungen eines Gesamtgeschäfts im Sinne des § 139 gegeben sind, an einer Verbindung von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft festzuhalten ist. Diese Regelung dürfte auch am besten den Interessen der Verschließenden dienen; denn „grundsätzlich wird es überhaupt mehr im Sinne der Parteien liegen, das Vollzugsgeschäft als von dem Grundgeschäft abhängig anzusehen".[37]

---

36) Es handelt sich in dieser Abhandlung nur um die Einigung der §§ 854 Abs. 2, 873 und 929 BGB.

37) RGRKomm. Bem. 2 zu § 139 S. 232.

Lebenslauf.

Am 6. Dezember 1898 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Max Grabowski und seiner Ehefrau Klara geb. Gumpel in Kattowitz geboren.

Von Ostern 1905 bis Ostern 1908 besuchte ich die dortige städtische Knabenmittelschule, von Ostern 1908 bis Weihnachten 1916 das staatliche Gymnasium daselbst.

Im Januar 1917 wurde ich zum Heeresdienst nach Berlin zum III. Gardefeldartillerie-Regiment eingezogen; von Mai 1917 bis Oktober 1918 nahm ich am Feldzuge an der Westfront teil.

Im Februar 1919 erhielt ich das Reifezeugnis des staatlichen Gymnasiums in Kattowitz.

Von Mai 1919 bis August 1922 studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten in Leipzig, Berlin, München und Breslau.

Von November 1922 bis Dezember 1924 war ich in Berlin bei einer Gesellschaft für Feldbahnwesen und Eisenindustrie kaufmännisch tätig.

Von Januar 1925 ab nahm ich meine Studien wieder auf und war im Sommersemester 1925 und Wintersemester 1925/26 bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Breslau eingeschrieben.

Am 11. Dezember 1926 bestand ich vor dem Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Breslau meine erste juristische Prüfung, am 17. Januar 1927 vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Breslau die mündliche Doktorprüfung.